

ÍNDICE

ESTUDIOS

CAMBIO CLIMÁTICO ANTROPOGÉNICO, LITIGACIÓN CLIMÁTICA Y ACTIVISMO JUDICIAL: HACIA UN CONSENSO EMERGENTE DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GENERACIONES FUTURAS RESPECTO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y SOSTENIBLE	7
FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA	
DERECHO DE OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA EN LA LEY 20/2022 DE MEMORIA DEMOCRÁTICA Y SU INCIDENCIA EN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS	63
MERCEDES SOTO MOYA	
LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES A LA LUZ DEL ARTÍCULO II DEL TRATADO DEL ESPACIO (1967)	91
CHRISTIAN DOMÍNGUEZ-EXPÓSITO	
LA GUERRA DE UCRANIA Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA RIVALIDAD TRIPOLAR EN EL ORDEN NUCLEAR INTERNACIONAL: EE. UU., RUSIA Y CHINA	137
ALESSANDRO DEMURTAS y ALEJANDRA PEÑA GONZÁLEZ	
MÁS ALLÁ DEL TRADICIONAL ENFOQUE DEL CONTROL EFECTIVO: LOS RENOVADOS VÍNCULOS JURISDICCIONALES QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS	171
ENRIQUE J. MARTÍNEZ PÉREZ	
MECANISMOS COMBINADOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A OPERACIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS	195
MANUEL E. MORÁN GARCÍA	
THE STRATEGIC SITUATION AND THE OPERATION OF PERMANENT STRUCTURED COOPERATION AS A EUROPEAN DEFENSE SECURITY INSTRUMENT	217
DANIEL MARTÍNEZ CRISTÓBAL	
EL TRATADO DE LISBOA Y EL DIÁLOGO TRANSATLÁNTICO: RELEVANCIA E INEFICIENCIAS	243
ÁLVARO RENEDO-ZALBA	

NOTAS

APORTES DE LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚM. 26 DEL COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES A LA PROGRESIVA AFIRMACIÓN DE LA TIERRA COMO DERECHO HUMANO	279
CHRISTOPH R. SCHREINMOSE	
EL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRANIA, UN CRIMEN CIERTO DE ENJUICIAMIENTO INCIERTO	299
CARMEN QUESADA ALCALÁ	
EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931: SIGNIFICATIVOS DESARROLLOS Y REFORZADOS COMPROMISOS INTERNACIONALISTAS, FINALMENTE EFÍMEROS	341
XAVIER PONS RAFOLS	

EL CRITERIO DE “LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS” EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE INFRACCIÓN DE MARCAS DE LA UNIÓN: LA STJUE C-104/22 LÄNNEN MCE	371
JACOPO GIORDANO	
LA CELEBRACIÓN DE LOS ACUERDOS COMERCIALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA INTERVENCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO	389
DORINA C. SUCIU GAVRILOAIE	
LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS. UN ESTUDIO SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA EXTRANJERÍA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LA ÚLTIMA DÉCADA	413
CARMEN AZCÁRRAGA MONZÓNIS	
LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN UCRAANIA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: CUESTIONES DE COMPETENCIA, JURISDICCIÓN Y MECANISMOS DE COLABORACIÓN	445
ENRICO ZANNARINI	
LOS DERECHOS HUMANOS Y LA AGENDA MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD EN AFGANISTÁN: LUCES EN LA OSCURIDAD	469
MARÍA AVELLO MARTÍNEZ	
MARCO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y USOS MILITARES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA UE	505
FRANCISCO LAMAS LÓPEZ y ALFONSO PERALTA GUTIÉRREZ	
ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): ESTÁNDARES ÉTICOS EN EL CIBERESPACIO	527
EDUARDO CALDERÓN MARENCO, JAIME ELÍAS TORRES BUELVAS, TATIANA VANESSA GONZÁLEZ RIVERA, JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL y MARIANA MENA MOSQUEDA	

CRÓNICAS

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	549
POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, N. PASTOR PALOMAR, E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO, M. GARCÍA CASAS, E. M. RUBIO FERNÁNDEZ, F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA, A. D. ARRUFAT CÁRDAVA y R. FERNÁNDEZ EGEA	
CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	599
POR S. ADROHER BIOSCA, R. ARENAS GARCÍA, P. JIMÉNEZ BLANCO, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS y A. YBARRA BORES	
CRÓNICA DE LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA (JUNIO-OCTUBRE 2023)	635
VICTORIA RODRÍGUEZ PRIETO y MONTSERRAT PINTADO LOBATO	

RECENSIONES

ABEGÓN NOVELLA, M., <i>Los efectos de los conflictos armados en los tratados de protección del medio ambiente</i>, Atelier, Barcelona, 2022, 270 pp.	647
ALFONSO J. IGLESIAS VELASCO	
AGULLÓ AGULLÓ, D., <i>La acción colectiva en defensa de los consumidores. Aspectos nacionales y transfronterizos</i>, Atelier, Barcelona, 2023, 322 pp.	651
ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	
BORDIN, F.L., MÜLLER, A.Th. y PASCUAL-VIVES, F. (Eds.), <i>The European Union and Customary International Law</i>, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 301 pp.	653
JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN	

CALZADO LLAMAS, A.J., <i>La sustracción internacional de menores: el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 384 pp.	659
MARÍA DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS	
DURÁN MUÑOZ, RAFAEL (Dir.), <i>Inmigración y retiro en tiempos de BREXIT. Vulnerabilidades y nuevas realidades de la gerontoinmigración</i>, Tirant Humanidades, Valencia, 2022, 406 pp.	663
MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA	
ESPÓSITO, C. y PARLETT, K. (Eds.), <i>The Cambridge Companion to The International Court of Justice</i>, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, 528 pp.	669
ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD	
ESTRADA TANCK, D., <i>Nuevos horizontes en la protección internacional de los derechos económicos y sociales</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 218 pp.	673
CARLOS VILLÁN DURÁN	
FAGGIANI, V., <i>La protección internacional de los migrantes en la UE. Estándares de tutela, límites y perspectivas de reforma del derecho de asilo</i>, Aranzadi, Navarra, 2023, 316 pp.	679
NURIA ARENAS HIDALGO	
FERNÁNDEZ EGEA R.M. y MACÍA MORILLO, A. (Dirs.), <i>El Derecho en la encrucijada: los retos y oportunidades que plantea el cambio climático</i>, UAM Ediciones/BOE, Madrid, 2022, 484 pp.	683
CARLOS GIL GANDÍA	
GARCÍA PÉREZ R., <i>La ampliación de la plataforma continental de España</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 235 pp.	689
M ^a ESTHER SALAMANCA AGUADO	
GONZÁLEZ MARIMÓN, M., <i>La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 310 pp.	693
CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	
HEREDIA SÁNCHEZ, L.S., <i>Efectos de la plurinacionalidad en el estatuto personal. Problemas prácticos y soluciones</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 396 pp.	697
SALOMÉ ADROHER BIOSCA	
IZQUIERDO SANS, C. (Dir.) y GARCÍA CASAS, M. (Coord.), <i>Litigación internacional para la defensa de los derechos humanos</i>, Colex, A Coruña, 2022, 230 pp.	701
AMAYA UBEDA DE TORRES	
LARA AGUADO, A. (Dir.), <i>Protección de menores en situaciones transfronterizas: Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los Derechos Humanos y de la infancia</i>, Tirant lo blanch, Valencia, 2023, 1624 pp.	707
CARMEN OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN	
ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S. (coord.), <i>Teletrabajo y Derecho internacional privado, problemas y soluciones</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 299 pp.	711
LUCÍA I. SERRANO SÁNCHEZ	
PETIT DE GABRIEL, E.W. (Dir.), <i>Valores (y temores) del estado de derecho: libertad de expresión vs. delitos de opinión en Derecho internacional</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 347 pp.	717
JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN	
RODRÍGUEZ PINEAU, E. y TORRALBA MENDIOLA, E.C., <i>Delimitación del derecho aplicable en el Reglamento 2016/679: tutela jurídico-privada de la protección de datos</i>, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, 350 pp.	721
MARTA REQUEJO ISIDRO	

RUIZ SUTIL, C., *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Dykinson, Madrid, 2023...
ANTONIA DURÁN AYAGO

725

ESTUDIOS

CAMBIO CLIMÁTICO ANTROPOGÉNICO, LITIGACIÓN CLIMÁTICA Y ACTIVISMO JUDICIAL: HACIA UN CONSENSO EMERGENTE DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GENERACIONES FUTURAS RESPECTO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y SOSTENIBLE*

ANTHROPOGENIC CLIMATE CHANGE, CLIMATE LITIGATION AND JUDICIAL ACTIVISM: TOWARDS AN EMERGING CONSENSUS FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUTURE GENERATIONS REGARDING A HEALTHY AND SUSTAINABLE ENVIRONMENT

FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA Y EL ACTIVISMO JUDICIAL, INTERNACIONAL Y NACIONAL, EN DEFENSA DEL INTERÉS ESTATAL Y HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO. II. LA NORMATIVA CLIMÁTICA INTERNACIONAL, UN FALSO LEVIATÁN MEDIOAMBIENTAL Y LA APUESTA POR LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. EL CAMBIO CLIMÁTICO, LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, PENAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA NECESIDAD DE UNA JURISPRUDENCIA MÁS AVANZADA SOBRE LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y SOSTENIBLE COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE PARA LA SEGURIDAD Y EL BIENESTAR HUMANOS. IV. EL DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO: EL CAMINO DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL AL DERECHO HUMANO. EL ESTATUTO DE VÍCTIMA (POTENCIAL: VIOLACIÓN INTERTEMPORAL O DIACRÓNICA DE DERECHOS Y LIBERTADES) Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ANTE OBLIGACIONES COLECTIVAS. V. LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y DILIGENCIA DEBIDA EN LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El objetivo del presente estudio es presentar el estado actual de lo que se ha denominado litigación climática en defensa de los derechos humanos en el contexto de los últimos avances científicos, así como en virtud

* Fecha de recepción del trabajo: 26 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 1 de diciembre de 2023.

** Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), francisco.jimenez@urjc.es. Este trabajo es una investigación desarrollada dentro del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional (INTER-CIVITAS), de la Universidad Rey Juan Carlos. Las páginas web citadas en el presente trabajo fueron revisadas por última vez el 22 de septiembre de 2023.

de los actuales desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre la materia. Si de la interacción entre las obligaciones internacionales medioambientales y de derechos humanos asumidas por los Estados puede deducirse un derecho humano internacional al medio ambiente sano y sostenible, e incluso si podemos hablar de un derecho autónomo. Igualmente, si existen posibilidades de exigir su cumplimiento de forma directa o indirecta a través de la aplicación de los principios generales medioambientales, en particular, los de precaución y diligencia debida. La naturaleza como posible titular de derechos, las generaciones o derechos futuros y su encuadre en la noción de «víctima potencial» de un riesgo intertemporal, la existencia de obligaciones globales o colectivas y la responsabilidad individual de los Estados, son algunas de las cuestiones que se desarrollarán y que están pendientes de resolución judicial definitiva. Con carácter previo a estas cuestiones, resulta necesario analizar, aunque sea sumariamente, ciertas tendencias judiciales que ha provocado un activismo judicial en defensa de bienes jurídicos comunes en distintos ámbitos, incluyendo la actuación contra el cambio climático.

ABSTRACT: The objective of this study is to present the current state of what has been called climate litigation in defense of human rights in the context of the latest scientific advances, as well as by virtue of current regulatory, jurisprudential, and doctrinal developments on the matter. Whether an international human right to a healthy and sustainable environment can be deduced from the interaction between international environmental and human rights obligations assumed by States, and even whether we can speak of an autonomous right. Likewise, whether there are possibilities to enforce compliance directly or indirectly through the application of general environmental principles, in particular, those of precaution and due diligence. Nature as a possible holder of rights, future generations or rights and their framing in the notion of «potential victim» of intertemporal risk, the existence of global or collective obligations and the individual responsibility of States, are some of the issues that will be developed and that are pending final judicial resolution. Prior to these questions, it is necessary to analyze, even briefly, certain judicial trends that have caused judicial activism in defense of common legal rights in different areas, including action against climate change.

PALABRAS CLAVE: Cambio climático, litigación climática, activismo judicial, derechos humanos, ecologización de los derechos humanos, derecho a un medio ambiente sano y sostenible, justiciabilidad, precaución y diligencia debida.

KEYWORDS: *Climate change, climate litigation, judicial activism, human rights, greening of human rights, right to a healthy and sustainable environment, justiciability, precaution and due diligence.*

I. INTRODUCCIÓN. LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA Y EL ACTIVISMO JUDICIAL, INTERNACIONAL Y NACIONAL, EN DEFENSA DEL INTERÉS ESTATAL Y HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

Se espera que la Tierra supere los 9000 millones de habitantes para 2050, aun cuando también podríamos afirmar que una gran parte de la superficie terrestre está despoblada, pues actualmente la población mundial es esencialmente urbana. En estos momentos, alrededor del 56 % de la población mundial —4400 millones de habitantes— vive en ciudades y se prevé que esta tendencia continúe, ya que la población urbana aumentará más del doble para 2050, momento en que casi 7 de cada 10 personas vivirán en ciudades. Las ciudades del mundo ocupan solo el 3% de la Tierra, pero representan entre el 60% y el 80% del consumo de energía, el 75% de las emisiones de carbono y el 70% del total de residuos. Las ciudades llegaron para quedarse y el futuro de la humanidad es, sin duda, urbano¹. Particularmente el urbanita, ciber-tecnológico e

1 Informe Mundial de las Ciudades 2022 de ONU-Habitat, «Visualizando el Futuro de las Ciudades», https://unhabitat.org/sites/default/files/2022/06/wcr_2022.pdf y Banco Mundial, «Desarrollo urbano», <https://>

individualista, contempla la Naturaleza como algo domeñado, extraño y distante, pero a la vez la añora, la entraña y la teme, la usa y desconfía de sus imprevisibles, telúricas y brutales reacciones. El confort consumista se impone a cualquier ideal de jardín epicúreo y mientras tanto la ciencia, el derecho e importantes sectores de la población reclaman la necesidad de adoptar medidas de mitigación y adaptación para frenar el desastre medioambiental que se avecina.

1. El activismo judicial como agente transformador del ordenamiento internacional en función de un consenso emergente global.

Con la denominación de activismo judicial nos vamos a referir a la importancia que ha desempeñado la jurisprudencia en la concreción normativa y en el desarrollo progresivo del derecho y sus instituciones, en este caso, del sistema jurídico internacional. Superar la dimensión peyorativa del término para reivindicar el carácter inherente de tal actuación en la función jurisdiccional, en particular, en el marco singular del ordenamiento internacional. No se trata de suplantación de unos poderes por otros, sino de la dimensión complementaria o auxiliar de la jurisprudencia respecto de los distintos sistemas y regímenes jurídicos que interactúan sobre una materia determinada. Se trata de analizar cómo la jurisprudencia puede incidir, a través de distintas modalidades —en particular, a través de los principios generales y de las reglas interpretativas—, en la comprensión del ordenamiento internacional como sistema en el contexto socio-histórico contemporáneo donde presentan particular influencia las organizaciones internacionales así como la afirmación progresiva de nociones jurídicas como comunidad y humanidad internacionales, normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, bienes jurídicos globales y equidad intergeneracional. Esta postura judicial opta por proyectarse desde el eje rotatorio de la masa normativa hacia las orbitas que marcan los objetivos y valores sociales a través del impulso que le ofrecen los principios generales del sistema jurídico que aplica e interpreta. En definitiva, se trata de observar cómo se resuelve la tensión entre la protección de los intereses colectivos reconocidos por el Derecho internacional a la comunidad internacional en su conjunto y los intereses individuales de los sujetos primigenios de este ordenamiento²,

www.bancomundial.org/es/topic/urbandevelopment/overview#1. Véase asimismo, JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La «localización en red» de la comunidad internacional. El futuro de las ciudades ante los desafíos globales del derecho internacional del futuro», 39, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2023, pp. 209-263, DOI: <https://doi.org/10.15581/010.39.209-263>.

2 Acerca de esta tensión, véase, VILLALPANDO, S. «The legal dimension of international community: how community interests are protected in international law», *European Journal of International Law*, 21, 2010-2, pp. 387-419, <https://doi.org/10.1093/ejil/chq038>. J. FERRER LLORET pone de manifiesto la tensión entre la voluntad de los Estados y la fuerza de las normas de *ius cogens* en el marco del reconocimiento de una responsabilidad internacional agravada. A tal efecto, indica que los Estados «no parecen en absoluto dispuestos a aceptar que en el ordenamiento internacional contemporáneo está vigente un régimen agravado de responsabilidad internacional del Estado por la vulneración grave de las normas imperativas, con el que se pretende dar protección a los intereses y valores fundamentales de la comunidad internacional y con el que en última instancia y con carácter general se propugna consolidar el imperio del derecho (*rule of law*) en las relaciones internacionales», «Las “consecuencias particulares” de las violaciones graves de normas de “ius cogens” en el Proyecto de la CDI de 2022: ¿desarrollo progresivo del Derecho Internacional?», *Anuario Español De Derecho Internacional*, 39, 2023, pp. 200 y 204, <https://doi.org/10.15581/010.39.149-207>.

conscientes de que los intereses colectivos no necesariamente divergen, en todo caso, de la expresión solidaria de los intereses nacionales.

Bastaría con recordar la importancia de la jurisprudencia comunitaria en la sustancial transformación del *corpus* y acervo jurídicos del ordenamiento comunitario incorporada en los posteriores tratados constitutivos y de modificación, sin que los principios de primacía y eficacia directa hayan encontrado aún hueco en el articulado fundacional de la Unión Europea (UE). Igualmente, la trascendencia del reconocimiento de la responsabilidad penal individual generada por la infracción del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 como norma consuetudinaria por parte del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el asunto *Tadić*³, detonante de una línea jurisprudencial inapelable que no ha sido discutida por los Estados. Otro tanto cabría decir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en la construcción de un orden público común, regional por su jurisdicción y universal por su temática, que trasciende la estructura dispositiva de los tratados y la dimensión subjetiva de los derechos que aplican e interpretan. Las doctrinas acerca de las obligaciones positivas, el efecto útil, el consenso emergente o el control de convencionalidad, se han convertido en señas de identidad de tales instituciones y del sistema jurídico sobre el que actúan. La CorteIDH ha incorporado, entre otras, las perspectivas e identidades indígenas y de género en la construcción de un orden jurídico iberoamericano basado en los derechos humanos que ha sido calificado como un *ius constitutionale commune* de América latina⁴.

3 TPIY, *Fiscal c. Tadić*, Decisión interlocutoria de 2 de octubre de 1995, par. 98.

4 La CorteIDH ha desarrollado una jurisprudencia a la medida de la problemática de la región. No ha titubeado en anular leyes de amnistías, en dar efectos directos y *erga omnes* a sus decisiones ni en ordenar medidas específicas de obligado cumplimiento por los Estados. Estas sentencias han desatado una dinámica que ha dado impulso a un *ius constitutionale commune*. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es el mecanismo regional más importante para afianzar este constitucionalismo, aunque no sea el único. Acerca de esta cuestión, véase VON BOGDANDY, A., «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», *Revista Derecho del Estado*, 34, 2015, p. 3-50, <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>. También es verdad que tal jurisprudencia ha provocado cierta reacción contraria de los Estados, de la doctrina y de juristas. En el año 2019, en el contexto de la elección de nuevos comisionados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Chile, Argentina, Colombia, Brasil y Paraguay firmaron una declaración en la que expresaron sus inquietudes en relación con el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en asuntos como la aplicación del principio de subsidiariedad y las medidas de reparación, y pidieron que la Comisión y la Corte apliquen únicamente las fuentes de Derecho Internacional establecidas explícitamente en la Convención, así como que respeten el margen de apreciación de los Estados. Además de reivindicar el principio de subsidiariedad y autonomía de los Estados, destacaban la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efectos para las partes del litigio. También enfatizaron la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, se resaltó la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho. (<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>).

Por su parte, el TEDH, que ha hecho suya la doctrina del margen de apreciación de los Estados en los ámbitos jurídicos no consolidados por una práctica común concluyente, también ha asumido la doctrina del *consenso emergente* a efectos de interpretar de forma evolutiva y *extraconvencional* el sentido de los términos de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de conformidad con nuevos estándares de Derecho internacional sobre un tema particular asumidos por otros instrumentos internacionales —incluido el *soft law*⁵—, órganos de control competentes en derechos humanos, así como por la práctica uniforme de los Estados europeos que manifiesta sus valores comunes. Tal doctrina se utiliza no sólo para apoyar los principios de interpretación del Convenio, sino también para definir, o para evitar la definición, de los conceptos ínsitos en los derechos y libertades planteados a través de los casos que se le presentan⁶.

Incluso, en determinadas ocasiones los tribunales internacionales han permitido entender que el ordenamiento internacional del siglo XXI no puede observarse exclusivamente desde una perspectiva interestatal instalada en los principios de soberanía y consentimiento, sino que en aras a la coherencia y credibilidad jurídica en la protección de los valores, intereses y objetivos globales normativamente aceptados y reconocidos, se ha de encontrar un punto de conexión desde el que, sin transmutar los principios estructurales del sistema, se deduzcan derechos o, en su caso, consecuencias jurídicas conforme a tales bienes jurídicos globales. Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y los tribunales regionales han adoptado el principio de integración sistémica conforme al cual los tratados no puede interpretarse ni aplicarse en el vacío; más bien, el intérprete debe tener en cuenta cualquier norma pertinente del Derecho internacional, así como los consensos alcanzados por las sociedades modernas incluso sobre la base de tratados poco o no ratificados e instrumentos no vinculantes. El interés por la integración sistémica facilita la adaptación de los tratados de derechos humanos, como «instrumentos vivos», a las nuevas circunstancias de la realidad⁷. Se trata, por otra parte, de una manifestación más de la singular judicialización del Derecho internacional que se inició particularmente en las últimas décadas del siglo XX⁸, de los desafíos que el *constitucionalismo global*, informado por principios, normas y otros instrumentos de Derecho internacional (incluidos los no vinculantes), y la aplicación heterárquica de la normativa internacional, plan-

5 Véase JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Derecho Internacional Líquido ¿Efectividad frente a Legitimidad?*, Aranzadi, 2021, pp.87-90.

6 Cfr., entre otras, Sentencia del TEDH (Gran Sala), asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, de 12 de noviembre 2008, nº. 34503/97, par. 85. Véanse sobre esta cuestión, entre otros, DOTHAN, S., «Judicial deference allows European consensus to emerge», 18, *Chicago Journal of International Law*, 2018-2, pp.393-419, disponible en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol18/iss2/1>; JIMENEZ GARCÍA, F., «Tomarse en serio el Derecho Internacional de los derechos humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, p.105; KANSTANTSIN, D., «Does consensus matter? Legitimacy of european consensus in the case law of the European Court of Human Rights», *Public Law*, 2011, pp. 534-553. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1944920>

7 MAYER, B., «Climate change mitigation as an obligation under human rights treaties?», 115, *American Journal of International Law*, 2021-3, pp. 436-438, <https://doi.org/10.1017/ajil.2021.9>

8 FERNÁNDEZ EGEA, R. M. y GARCÍA CASAS, M., «La era de la judicialización del Derecho internacional» en *acquiescencia* blog de derecho internacional, 31 de marzo de 2023.

tean respecto a la aplicación e interpretación de la normativa nacional, incluyendo la constitucional, así como respecto a la separación de poderes y la seguridad jurídica⁹.

Es verdad que desde determinados sectores se ha visto con temor o cierta precaución esta dimensión extensiva del activismo judicial. A tal efecto, se ha indicado sobre concretas decisiones de la Corte Penal Internacional (CPI), fundamentadas en su personalidad jurídico-internacional objetiva y en la interpretación funcional de su jurisdicción, que una interpretación extensiva de la competencia jurisdiccional de la CPI realizada por sus jueces con la finalidad de dotar de certeza y credibilidad a todo el sistema jurídico-penal establecido en el Tratado de Roma, «por bien intencionada que sea en defensa de los fines otorgados por el Estatuto de Roma, no puede ser realizada sin tener en consideración los principios establecidos en el Derecho internacional (...) [U]n ejercicio de la jurisdicción penal internacional regido por criterios de funcionalidad, aunque tenga por finalidad la lucha contra la impunidad, corre el riesgo de convertirse en una jurisdicción incoherente que no cumpla la finalidad de preservar la estructura jurídica y política de la sociedad en su sentido global»¹⁰. Respecto al activismo judicial climático, fundamentado en ocasiones en normativa internacional no vinculante (*soft-law*) y en informes científicos, se ha resaltado que la ciencia no conduce directamente a consecuencias legales. La necesidad científica por sí sola no puede ser suficiente para que los tribunales requieran una actuación precisa del ejecutivo o el legislativo, lo que implicaría imponer la exigencia de racionalidad a la política a través del litigio. Sin embargo, mientras que la racionalidad científica no se puede esperar de la política, se puede exigir que el ejecutivo y el legislativo den razones y actúen *razonablemente*. Además, la traducción de la ciencia en obligaciones legales difiere de la cuestión de *qué medidas precisas deben tomarse* a la luz de la ciencia del clima. En una lectura funcional de la separación de poderes, esta decisión debería reservarse al legislativo y por vía de delegación —al menos en un grado y potencialmente— al ejecutivo. Sería difícil justificar una determinación judicial de *cómo* un Estado debe reducir las emisiones de carbono, es decir, en qué sector y prescribiendo un comportamiento específico¹¹.

9 ANTONINO DE LA CÁMARA, M., «*Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*: desafíos del constitucionalismo global». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 126, 2022-3, pp. 299-330, <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.126.09>.

10 CABALLERO PÉREZ, N.I., «Comentario a la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de fecha 5 de febrero de 2021: la transferencia soberana de la jurisdicción prescriptiva como fundamento de la legitimación del sistema punitivo internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 43, 2022, pp.14 y 18, DOI: 10.17103/reei.43.15. Además de la Decisión de 5 de febrero de 2021 de Sala de Cuestiones Preliminares I de 5 de febrero de 2021 que autoriza a la Fiscalía la investigación de los responsables por la comisión de crímenes internacionales acontecidos en el contexto del conflicto palestino-israelí, asumiendo funcionalmente la condición de Estado miembro de Palestina, tal comentario se refiere: a la Sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares III de 14 de noviembre de 2019 sobre la situación de la deportación del pueblo de Rohingya, donde se realiza una interpretación extensiva del principio de territorialidad jurisdiccional al considerar como lugar de comisión de los crímenes internacionales el territorio donde son apreciadas las consecuencias del mismo; y la Resolución de la Sala de Apelaciones de 5 de marzo de 2020 sobre la situación en Afganistán, donde los magistrados realizan una interpretación amplia del concepto de “interés de justicia” para atribuirse el ejercicio de su jurisdicción por delitos cometidos en un Estado Parte por nacionales en misión oficial de un Estado no Parte.

11 Cfr. ECKES, C., «Tackling the climate crisis with counter-majoritarian instruments: Judges between political paralysis, science, and international law». *European Papers. European Forum*, 2021-3, pp. 1307-1324, en particular, p. 1322, <https://doi.org/10.15166/2499-8249/525>. El énfasis es añadido.

Frente al nacionalismo político imperante en las relaciones internacionales del incipiente siglo XXI con importantes derivadas jurídicas, nos encontramos con una jurisprudencia internacional más acorde con los postulados progresistas de una comunidad de intereses. No solamente las anteriores decisiones de la CPI aparentemente han quebrado ciertas estructuras jurídicas en favor de la credibilidad de los objetivos declarados en sus respectivos estatutos constitutivos y en los avances normativos alcanzados en las últimas décadas, sino que también podríamos añadir las decisiones de la CPI sobre el alcance de las inmunidades de los Estados y las obligaciones de cooperación internacional (arts. 27 y 98 del Estatuto de Roma), de especial interés tras la orden de arresto de 17 de marzo de 2023¹² del Presidente Putin en el asunto judicial penal de la guerra de Ucrania que han incoado más de 40 Estados partes, en lo que se ha denominado por parte de C. Escobar Hernández «una suerte de actuación en interés del Derecho y de la Comunidad Internacional»¹³; o la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre las medidas provisionales en el proceso de las *Alegaciones de genocidio en virtud de la convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa)*, que fuerza su competencia *prima facie* para salvaguardar las vidas de miles de personas contra los daños, *presentes y futuros*, provocados por la guerra más allá de las previsiones competenciales de la Convención contra el genocidio¹⁴. Asimismo, las decisiones adoptadas en los asuntos relativos a las *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*¹⁵ y a la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Gambia c. Myanmar)*¹⁶, al reconocer la existencia de una particular *actio popularis convencional* fundamentada en el interés común de todos los Estados partes (*erga omnes partes*) en las respectivas convenciones en la prevención y sanción de la tortura (1984) y del genocidio (1948)¹⁷.

Así pues, la existencia de bienes jurídicos globales declarados por el ordenamiento internacional ha tenido especial repercusión en las decisiones de los tribunales. A tal efecto, ¿la protección de un medio ambiente saludable y la lucha contra el cambio climático correrán la misma suerte en cuanto bienes jurídicos reconocidos por el Derecho y la comunidad internacional? En estos momentos, ya existen importantes decisiones que han incorporado interpretaciones novedosas de protección medioambiental y nos encontramos ante una importante litigación climática tanto nacional como internacional¹⁸. Además, estamos ante la oportunidad histórica

12 <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>

13 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Ucrania y la Corte Penal Internacional. Una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad», *Revista Española de Derecho Internacional*, 74, 2022, pp. 57-75, en particular p. 63, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1a.02>. Véase también, BOLLO-AROCENA, M.D., «Agresión rusa a Ucrania, crímenes internacionales y Corte Penal Internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 39, 2023, pp.101-146. <https://doi.org/10.15581/010.39.101-146>.

14 Orden de 16 de marzo de 2022, *ICJ, Reports, 2022*, p.20, par.70.

15 Sentencia de 20 de julio de 2012, *ICJ, Reports, 2012* (II), p. 449, pars. 68-70.

16 Sentencia de 22 de julio de 2022, *ICJ, Reports, 2022*, p.36, pars.107-109.

17 Véase al respecto, HUESA VINAIXA, R., «Una controversia bilateral con dimensión multilateral: cuestiones de jurisdicción y de *ius standi* en el asunto *Gambia c. Myanmar (Medidas provisionales)*», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 39, 2020, pp.1-41, doi: 10.17103/reei.39.11

18 FERNÁNDEZ EGEA, R. M., «Jurisprudencia ambiental internacional», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13, 2022-2, <https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/414365>

de que distintos tribunales internacionales van a tener ocasión para reflexionar y pronunciarse sobre esta cuestión en sus respectivos marcos jurisdiccionales y competenciales.

2. La activación de la jurisdicción internacional y nacional en defensa del interés estatal y humano a un medio ambiente sano frente al cambio climático. La equidad intergeneracional y los derechos de las generaciones futuras.

En los últimos años, y en particular en el año 2023, se han presentado distintas iniciativas y reclamaciones internacionales referidas al cambio climático, la equidad intergeneracional y los derechos de las generaciones futuras. Además de la adopción en el marco privado de la sociedad civil, el 3 de febrero de 2023, de los *Principios de Maastricht sobre los derechos humanos de las generaciones futuras*¹⁹, en sus Informes sobre *Nuestra Agenda Común, Parte III: Generaciones venideras: configurar el futuro* (2021)²⁰ y *Pensar en las generaciones futuras y actuar en su beneficio* (2023)²¹, el Secretario General manifestaba la aspiración de que «los Estados Miembros podrían reflejar en sus respectivas Constituciones y marcos legislativos ciertos deberes para con las generaciones futuras, cosa que ya han hecho muchos países». Según estos informes, los tribunales nacionales tienen cada vez más en cuenta los intereses de las generaciones más jóvenes y futuras, particularmente en lo relacionado con el cambio climático y el medio ambiente y, en el plano internacional, estos intentos podrían consolidarse en una Declaración sobre las generaciones futuras donde se detallarían los deberes de la comunidad internacional para con ellas²². Igualmente, proponen crear un mecanismo para intercambiar buenas prácticas y vigilar que los sistemas de gobernanza respondan a los desafíos a largo plazo, incluida la puesta en marcha de la figura de un *Enviado especial* para las generaciones futuras que actúe como su portavoz en el sistema de las Naciones Unidas.

El principio de equidad intergeneracional, que aporta una visión prospectiva del principio de desarrollo sostenible, no requiere, como ha destacado Edith Brown Weiss²³, que una generación pronostique o vaticine los valores y preferencias de las generaciones futuras, sino que les dan la flexibilidad necesaria de perseguir sus propios valores y preferencias. Esto es y de acuerdo con el Secretario General de la ONU, permitir que resulten efectivos los elementos que conformarían este principio: conservación de opciones, conservación de calidad y conservación de acceso²⁴. Tomando como referencia el anteproyecto de Pacto Mundial por el

19 Estos Principios son fruto del trabajo de ONG, como la iniciativa Global por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (GI-ESCR por sus siglas en inglés), investigadores y profesionales del derecho y los derechos humanos: <https://www.rightsoffuturegenerations.org/the-principles/espa%C3%B1ol>

20 <https://www.un.org/es/content/common-agenda-report/assets/pdf/informe-nuestra-agenda-comun.pdf>

21 <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/our-common-agenda-policy-brief-future-generations-es.pdf>

22 Se presenta una propuesta de Declaración en el Informe de 2023 *Pensar en las generaciones futuras y actuar en su beneficio*, pp.15-16.

23 WEISS, E. B., «Intergenerational equity in a kaleidoscopic world», *Environmental Policy and Law*; Amsterdam Tomo 49, 2019-1, pp 3-11, doi:10.3233/EPL-190115.

24 En el Informe del Secretario General sobre la *Solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras* (2013) se indica que el principio fundamental de equidad intergeneracional significa que cada generación debería legar a sus sucesoras un planeta que esté, al menos, en las mismas condiciones

Medio Ambiente presentado ante las Naciones Unidas en 2018, esta autora recuerda que el principio de equidad intergeneracional está formulado de la siguiente manera: «Las generaciones presentes garantizarán que sus decisiones y acciones no comprometan la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades»²⁵. Mediante su aplicación se pretende incluir una perspectiva real y plural, interactuar con una amplia gama de fuentes e interlocutores y con enfoques más comprensivos basados en objetivos a largo plazo. La equidad intergeneracional no pretende resultar exclusiva ni excluyente de tal forma que un énfasis excesivo en el futuro se realice a expensas de las preocupaciones presentes²⁶.

Desde el Derecho internacional general e invocando la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Acuerdo de París, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el deber de diligencia debida, los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el principio de prevención de daños significativos al medio ambiente y el deber de proteger y preservar el medio marino, el 29 de marzo de 2023, se ha sometido por parte de la Asamblea General²⁷ una solicitud de Dictamen u Opinión consultiva ante la CIJ sobre las *Obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático*. Asimismo, se le requiere que identifique las consecuencias jurídicas que se derivan de tales obligaciones para los Estados que, por sus actos y omisiones, hayan causado daños significativos al sistema climático y a otros elementos del medio ambiente, con respecto a: i) Los Estados, incluidos, en particular, los pequeños Estados insulares en desarrollo, que, debido a sus circunstancias geográficas y a su nivel de desarrollo, se ven perjudicados o especialmente afectados por los efectos adversos del cambio climático o son particularmente vulnerables a ellos; ii) Los pueblos y las personas de las generaciones presentes y futuras afectados por los efectos adversos del cambio climático.

que el planeta que esa generación recibió. Este principio general, según lo previsto en el citado Informe, implica las tres partes siguientes: a) *Conservación de las opciones*, en el sentido de cada generación debería tener la obligación de conservar la diversidad de la base de recursos naturales y culturales de modo que no restrinja indebidamente las opciones de las generaciones futuras para resolver sus problemas y satisfacer sus propios valores; las generaciones futuras también deberían tener derecho a una diversidad comparable a aquella de la que disfrutaron las generaciones anteriores; b) *Conservación de la calidad*, pues, cada generación debería tener la obligación de mantener la calidad del planeta de modo que este no se transmita en condiciones peores a aquellas en las que se recibió, y debería tener derecho a un planeta con una calidad comparable a aquella de la que disfrutaron las generaciones anteriores; c) *Conservación del acceso* en cuanto que cada generación debería proporcionar a sus miembros derechos equitativos de acceso al legado de las generaciones pasadas y debería conservar ese acceso para las generaciones futuras (UN Doc. A/68/322, par.24).

25 Cfr. WEISS, E. B., *op.cit.*, p.3.

26 WEWERINKE-SINGH, M., GARG, A., AGARWALLA, S., «In defence of future generations: A reply to Stephen Humphreys», *European Journal of International Law*, 34, 2023-3, pp. 651-668, <https://doi.org/10.1093/ejil/chad033>

27 A/RES/77/276. La iniciativa de la República de Vanuatu, país del Pacífico Sur que fue golpeado este mes por dos ciclones de categoría 4 en tres días, se produjo después de que el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) advirtiera en su más reciente informe que todavía es posible limitar el aumento de las temperaturas a 1,5 °C para fines de siglo con respecto a los niveles preindustriales, pero que cada vez queda menos tiempo para hacerlo

En el ámbito del Derecho internacional sectorial del derecho del mar, unos meses antes, la Comisión de Pequeños Estados Insulares sobre el Cambio Climático y el Derecho Internacional solicitaban ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) su Opinión consultiva acerca de las obligaciones específicas de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, incluida la Parte XII, respecto a la prevención, reducción y control de la contaminación del medio marino en relación con los efectos nocivos que resultan o pueden resultar del cambio climático, incluso a través del calentamiento de los océanos y el aumento del nivel del mar, y la acidificación de los océanos, que son causados por las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero (GEI) a la atmósfera²⁸.

Desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, en el seno de la CorteIDH, además de su pronunciamiento consultivo de 2017 sobre *Medio ambiente y derechos humanos*, el 9 de enero de 2023, Chile y Colombia solicitaron conjuntamente a la Corte que aclarara el alcance de las obligaciones de los Estados frente a la emergencia climática y derechos humanos en sus dimensiones individual y colectiva. En concreto se interpelló sobre: las obligaciones estatales derivadas de los deberes de prevención y garantía en derechos humanos; las obligaciones estatales de preservar el derecho a la vida y la sobrevivencia frente a la emergencia climática a la luz de lo establecido por la ciencia y los derechos humanos; las obligaciones diferenciales de los Estados con respecto a los derechos de los/as niños/as y las nuevas generaciones; las obligaciones estatales emergentes de los procedimientos de consulta y judiciales; las obligaciones convencionales de protección y prevención a las personas defensoras del ambiente y del territorio, así como a las mujeres, los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes; las obligaciones y responsabilidades compartidas y diferenciadas en derechos de los Estados frente a la emergencia climática. Finalmente, se consulta sobre cómo deben los Estados actuar tanto individual como colectivamente para garantizar el derecho a la reparación por los daños generados por sus acciones u omisiones frente a la emergencia climática teniendo en cuenta consideraciones de equidad, justicia y sostenibilidad²⁹.

En el marco del TEDH, se han sometido 12 demandas sobre la vulneración de los derechos o libertades fundamentales reconocidas en el CEDH respecto a las generaciones presentes y futuras (potenciales víctimas) como consecuencia del incumplimiento por parte de los Estados parte de sus obligaciones para evitar el cambio climático aun cuando presente una dimensión extraterritorial³⁰. Como han advertido Helen Keller y Corina Heri, tales planteamientos constituyen un reto para el Tribunal de Estrasburgo como «conciencia de Europa»³¹. El primero y

28 <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/request-for-an-advisory-opinion-submitted-by-the-commission-of-small-island-states-on-climate-change-and-international-law-request-for-advisory-opinion-submitted-to-the-tribunal/>

29 https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?nId_oc=2634 https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf

30 <http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/european-court-of-human-rights/>

31 KELLER, H. & HERI, C., «The future is now: Climate cases before the ECtHR», *Nordic Journal of Human Rights*, 40, 2022-1, p. 169, doi: 10.1080/18918131.2022.2064074. Véase también, POUIKLI, K., «Editorial: a short history of the climate change litigation boom across Europe», *ERA Forum* 22, 2021, pp. 569-586, <https://doi.org/10.1007/s12027-022-00700-1>. Asimismo, el estudio de HERI, C., «Climate Chan-

pionero fue el caso *Duarte Agostinho y otros c. Portugal y otros 32 Estados*, de 13 de noviembre de 2020³². Fue presentado en 2020 por un grupo de jóvenes y niños portugueses contra 33 Estados miembros del Consejo de Europa (los 27 Estados miembros de la UE más, Noruega, Reino Unido, Rusia, Suiza, Turquía y Ucrania) por no actuar con la suficiente contundencia frente al cambio climático, violando así los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras (art.2: derecho a la vida; art.3: prohibición de la tortura; art.8: derecho a la vida privada y familiar; art.14: no discriminación). Según los solicitantes, la ausencia de medidas apropiadas para limitar las emisiones globales constituye *per se* una violación de las obligaciones de los Estados. Los solicitantes estiman que los Estados miembros comparten la presunta responsabilidad en relación con el cambio climático y que la incertidumbre sobre la «parte equitativa» de esta contribución entre los Estados miembros sólo puede jugar a favor de los solicitantes. Se basan, además, en el interés superior del menor previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el principio de *equidad intergeneracional* presente en varios instrumentos internacionales. Denuncian los daños pasados y futuros causados por el cambio climático, incluidos los daños relacionados con los incendios forestales en Portugal. El TEDH admitió esta demanda, incluso sin haber agotado los recursos internos³³, y la ha remitido a la Gran Sala para su consideración. Otros tantos casos han llegado a Estrasburgo, siendo remitidos otros dos a la Gran Sala (*KlimaSeniorinnen c. Suiza*, presentado en 2020, y *Carême c. Francia* de 2021), y declarados inadmisibles otras dos demandas presentadas en 2022 al estimar que los demandantes no estaban suficientemente afectados por la supuesta violación de la Convención o de sus Protocolos como para alegar ser víctimas de una violación en el sentido del artículo 34 de la Convención (*Humane Being c. Reino Unido* y *Plan B.Earth y otros c. Reino Unido*). El resto de los asuntos han quedado en suspenso hasta que el TEDH se pronuncie sobre los primeros asuntos cuyas audiencias públicas ya han concluido.

Esta litigación internacional ha estado precedida por una progresiva litigación climática nacional³⁴ hasta el punto de que se han calificado a los tribunales nacionales como los principales garantes de la cooperación climática internacional³⁵. La relevancia de esta jurisprudencia nacional queda reflejada en los siguientes gráficos incluidos en el Informe sobre la revisión del estado de litigios climáticos globales de 2023, adoptado por el Programa de las Naciones

ge before the European Court of Human Rights: Capturing risk, ill-treatment and vulnerability», 33 *European Journal of International Law*, Volume 2022-3, pp. 925-951, <https://doi.org/10.1093/ejil/chac047>.

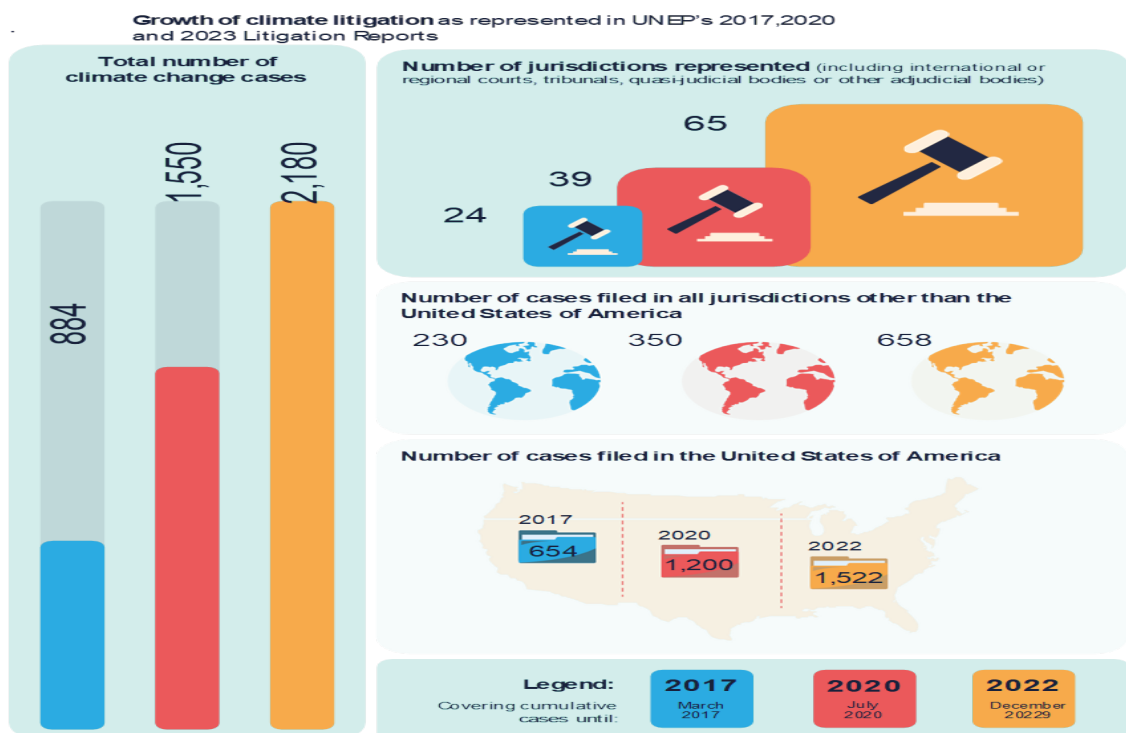
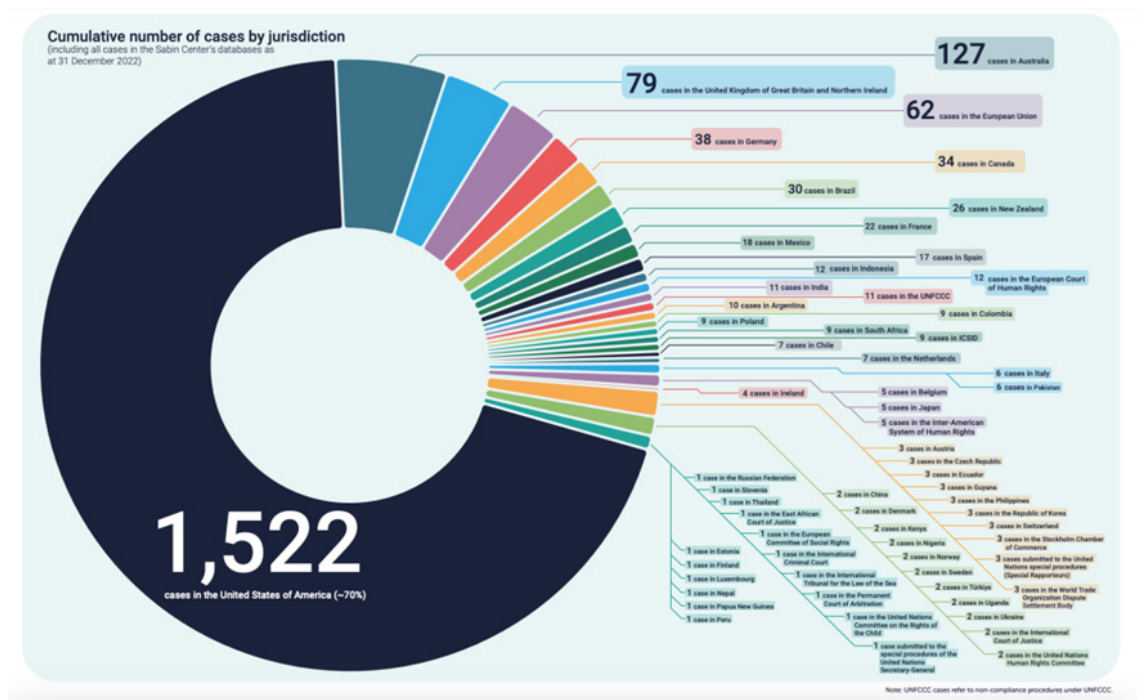
32 Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States – Climate Change Litigation (climatecasechart.com)

33 En virtud de la urgencia de actuar a favor del clima, los demandantes solicitaron que se les eximiera de la obligación de agotar los recursos internos de cada Estado demandado. Ante la inacción de los gobiernos, tal pretensión respondería a las demandas de urgencia para actuar con miras a cumplir con la meta de 1,5°C y, al mismo tiempo, aumentaría la probabilidad de una respuesta eficiente de las jurisdicciones nacionales.

34 Para conocer el contenido de los procesos climáticos presentados en EEUU y en el resto del mundo consultar: Bases de datos de litigios sobre cambio climático – Sabin Center for Climate Change Law (climatecasechart.com).

35 JAHN, J., «Domestic courts as guarantors of international climate cooperation: Insights from the German Constitutional Court's climate decision», *International Journal of Constitutional Law*, 2023, pp.1-25, <https://doi.org/10.1093/icon/moad069>. Véase también el estudio de SETZER, J. y HIGHAM, C., *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*: https://eprints.lse.ac.uk/117652/1/Global_trends_in_climate_change_litigation_2022_snapshot.pdf

Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en cooperación con el Centro Sabin para la Ley del Cambio Climático de la Universidad de Columbia de Nueva, Estados Unidos de América³⁶:



36 global_climate_litigation_report_2023.pdf (unep.org),

Entre los precedentes nacionales destaca la sentencia dictada en los Países Bajos en el asunto *Urgenda* de 2015 en el que el tribunal de distrito, sobre la base de la responsabilidad civil extracontractual, sentenció que el Estado neerlandés debía reducir un 25% sus emisiones GEI para 2020 respecto a 1990 y admitió el derecho de las generaciones actuales y futuras a vivir en un ambiente seguro y saludable y a tener disponibilidad de recursos naturales. La política que el Estado estaba llevando a cabo desde 2011 y que pretendía seguir en el futuro de posponer medidas por un período prolongado de tiempo, claramente no se ajustaba a tales previsiones. La Fundación Urgenda alegó el incumplimiento del *deber de cuidado*; el principio internacional de no ocasionar daño; los derechos a la vida, a la vida privada y familiar reconocidos en los artículos 2 y 8 del CEDH; y el artículo 21 de la Constitución de los Países Bajos sobre la protección del medio ambiente y la naturaleza. Tales pretensiones sobre el deber de protección, el principio de precaución y los derechos del CEDH fueron confirmadas por el Tribunal Supremo neerlandés que además aplicó las doctrinas sobre las obligaciones positivas y el consenso emergente en relación con tales derechos. Se reconoció la excepcionalidad y la gravedad de la situación por el cambio climático, así como la necesidad de adoptar medidas urgentes. El Tribunal Supremo reafirmó las conclusiones dictadas en primera instancia y en apelación al entender que los tribunales neerlandeses están comprometidos, en virtud de los artículos 93 y 94 de la constitución holandesa, a ofrecer un recurso efectivo que garantice que su normativa nacional se aplique de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales y, en particular, conforme a la interpretación del TEDH. Frente a la responsabilidad colectiva, el Tribunal Supremo confirmó que el Estado neerlandés está obligado a hacer «su parte» en este contexto y el hecho de que los países deban reducir sus emisiones en al menos un 25 % para 2020 se deriva de la opinión generalmente sostenida en la ciencia del clima y en la comunidad internacional³⁷. Países Bajos logró cumplir esta histórica jurisprudencia mediante la reducción de un 25,5% las emisiones de GEI comparadas con las de 1990, sin grandes cambios en su política climática. La organización ecologista Urgenda incidió en que este logro se había conseguido no tanto por las políticas climáticas gubernamentales, sino por la situación coyuntural de los precios de la energía —con un gas entonces barato que permitió la descarbonización—, un invierno cálido y la pandemia del COVID³⁸.

Desde entonces, se ha generado una importante jurisprudencia nacional que ha incidido sobre los planes climáticos de los Estados exigiendo aclaraciones (en 2020, respecto al asunto *Friends of the Irish Environment v. Ireland*, la Corte Suprema irlandesa anuló el Plan Nacional de Mitigación de 2017 del gobierno al dictaminar que no ofrecía suficientes detalles sobre la reducción de gases de efecto invernadero y que el público irlandés tenía derecho, según el esquema legal pertinente, a conocer el plan de mitigación del Estado con un grado razonable

37 La sentencia de 13 de enero de 2020 del Tribunal Supremo de los Países Bajos puede consultarse en: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2020/20200113_2015-HA-ZA-C0900456689_judgment.pdf o en <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>. La Sentencia del Tribunal de primera instancia de 2015 puede consultarse en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>

38 FERRER, I., «Países Bajos logra cumplir la histórica sentencia del Supremo de reducción de emisiones de CO₂ sin grandes cambios en su política», *El País*, 10 de febrero 2022, <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2022-02-10/paises-bajos-logra-cumplir-la-historica-sentencia-del-supremo-de-reduccion-de-emisiones-de-co-sin-grandes-cambios-en-su-politica.html>.

de especificidad³⁹) o que cumplan con los objetivos climáticos conforme a la normativa nacional e internacional (sobre las reclamaciones interpuestas por *Comuna de Grande-Synthe*, el Consejo de Estado francés ha dictado distintos órdenes, la última el 10 de mayo de 2023, para que el gobierno adopte todas las medidas necesarias para alcanzar las reducciones de las metas climáticas previstas⁴⁰). El caso *Milieudefensie contra Royal Dutch Shell* fue la primera vez que un tribunal (neerlandés) ordenó a una empresa que aumentara sus esfuerzos de reducción de emisiones⁴¹. En España se ha pretendido conseguir tales resultados jurisdiccionales, sin éxito por el momento. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 24 de julio de 2023⁴² ha rechazado las pretensiones de la acción climática de las ONG demandantes (Greenpeace, Ecologistas en Acción, Oxfam y Coordinadora de ONGS para el desarrollo). Estas ONG denunciaban que las previsiones del 23% de reducción de emisiones para 2030 del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNEC) aprobado por el gobierno español se quedaban muy lejos de las recomendaciones de la ONU y de las previsiones de la estrategia climática de la UE (reducciones de emisiones de 55% en 2030 respecto a 1990 y el cero neto de las emisiones en 2040⁴³), así como de las posibilidades de España por su nivel económico y su capacidad de actuación. Tal falta de previsión constituía, además, según los demandantes, una vulneración de los derechos a la intimidad personal, familiar y del domicilio, así como el derecho a la vida de las generaciones presentes y futuras de nuestro país, reconocidos en los artículos 18 y 15 de la Constitución española, así como en los artículos 2 y 8 del CEDH⁴⁴.

Para el Tribunal Supremo español, a diferencia de la jurisprudencia dicta en el asunto *Urgenda* o por el Tribunal Constitucional alemán⁴⁵, el reglamentario PNIEC se ajusta al margen

39 <https://climatecasechart.com/non-us-case/friends-of-the-irish-environment-v-ireland/>

40 <https://climatecasechart.com/non-us-case/commune-de-grande-synthe-v-france/>

41 <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>

42 STS 3556/2023, ECLI:ES:TS:2023:3556. Sobre la regulación española, véase Galera Rodrigo, S, «Transición energética en tiempos de polícrisis (2021-2022)», *Anuario. Observatorio de Políticas Ambientales* 2023, pp.407-448.

43 Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»), DO L 243, de 9 de septiembre de 2021.

44 <http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/spain/>. Sobre estas demandas, véase DORESTE HERNÁNDEZ, J., «El “juicio por el clima”: el litigio climático español», *AFDUAM* 26, 2022, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2022-10038300406

45 En el asunto *Urgenda*, el Tribunal Supremo neerlandés confirmó la decisión de primera instancia de 2015. En la misma y respecto al principio de discrecionalidad, el tribunal de distrito entendió que el Gobierno holandés no podría ampararse en el poder discrecional climático constitucionalmente reconocido (art.21 de su Constitución). Este poder discrecional no es ilimitado pues si existe un alto riesgo de un cambio climático peligroso con consecuencias graves y potencialmente mortales para el hombre y el medio ambiente, el Estado tiene la obligación de proteger a sus ciudadanos tomando medidas apropiadas y efectivas. Además de las consideraciones de derecho privado, las opciones del Estado están limitadas aún más por los principios medioambientales internacionales por lo que si el Estado *quiere desviarse de ellos, tendrá que argumentar y demostrar una justificación suficiente para tal desviación*. Una justificación podría ser el costo. No debe esperarse que el Estado haga lo imposible ni que se le imponga una carga desproporcionadamente alta. Sin embargo, no se ha argumentado ni se ha hecho evidente que el Estado no tenga medios financieros suficientes para realizar medidas de reducción más altas. Tampoco se puede concluir que desde un punto de vista macroeconómico que existan obstáculos para elegir un nivel de reducción de emisiones más alto para 2020.

de discrecionalidad que tiene la administración sin incurrir en arbitrariedad y sin que exista una norma de rango superior, incluidos los tratados internacionales y la CEDH, que permita la anulación del PNIEC. Desechando la amplia jurisprudencia extranjera invocada por los demandantes al estimarla no procedente por carecer, en nuestro ordenamiento jurídico, de efectos vinculantes y entendiendo indirectamente que no existe afectación directa de los derechos fundamentales alegados (lo hace mediante la referencia a la Sentencia del TJUE de 25 de marzo de 2021, dictada en el asunto *Armando Carvalho*, C-565/19 P, ECLI:EU:2021:252), concluye que conocido «el alcance del Convenio [de París] en cuanto a las obligaciones asumidas por todas las Partes, también por el Estado Español, y ciertamente que ese esfuerzo, como exigencia de principio con el único resultado final de límite de aumento de temperatura y sin plazo expreso, es el que deberá ser asumido por las Partes, con dos condiciones que ciertamente se reseñan en las alegaciones de los recurrentes, de comunicar las medidas adoptadas y la progresividad en sus revisiones. Y a la vista de esos compromisos no puede reprocharse al Estado Español un incumplimiento de tales obligaciones porque, como ya se ha dicho, ha adoptado la decisión de integrarse en el compromiso asumido a nivel de la Unión y, como consta en todos los documentos aportados, la Unión es, a nivel mundial, la que ha liderado los mayores compromisos del Convenio»⁴⁶.

En realidad, el argumento principal del Tribunal Supremo pivota sobre la separación de poderes, respaldada por el escaso margen de «normatividad vinculante» de los instrumentos internacionales y comunitarios, pues las pretensiones de los reclamantes supondrían una invasión del poder judicial en la potestad reglamentaria, legislativa y de acción exterior que corresponde al gobierno y la administración conforme al artículo 97 de la Constitución española, incluso supondría alterar toda la política macroeconómica, financiera y social encomendada constitucionalmente al gobierno sin que tales competencias correspondan a su función jurisdiccional. A tal efecto, se pronuncia en los siguientes términos:

«Lo que no podrán los Tribunales es, una vez declarada dicha nulidad, determinar cómo han de quedar redactados los preceptos en sustitución del declarado nulo, porque con ello se estarían arrogando los Tribunales la potestad reglamentaria de la Administración, que se integra de una importante faceta de discrecionalidad, que no puede ser sustituida por los Tribunales, que solo podrán controlar la legalidad de la norma. En suma, se procedería

Cfr. pars.4.74-4.77 de la Sentencia de 2015. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán, en su decisión de 24 de marzo de 2021, afirmó que en ese momento no era comprobable que las disposiciones impugnadas por los querellantes hubieran violado un deber de protección derivado de los derechos fundamentales. Dado el margen de maniobra otorgado al legislador en el cumplimiento de los deberes de protección derivados de los derechos fundamentales, el derecho constitucional sólo se viola si no se adoptan medidas cautelares de ningún tipo, o si las disposiciones y medidas adoptadas resultan manifiestamente inadecuadas o totalmente inadecuadas para alcanzar el objetivo de protección requerido, o si las disposiciones y medidas están muy por debajo del objetivo de protección. En particular, el legislador tiene un margen considerable para decidir cómo lograr un equilibrio adecuado entre los intereses de los propietarios expuestos a los riesgos del cambio climático y los intereses que se oponen a una acción climática más estricta. En la actualidad no resulta evidente para el Tribunal que las disposiciones impugnadas sobrepasaran este margen de maniobra. Cfr. par. 172 de la Sentencia: Bundesverfassungsgericht – Decisiones – Éxito parcial de las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley Federal de Cambio Climático

46 FJ 8.

a la alteración de la misma separación de poderes consagrada en la Constitución como una exigencia del Estado de Derecho, por más que ese axioma se minusvalore en los argumentos de la demanda. Obviamente ello será siempre y cuando no exista un precepto de superior rango que imponga a la Administración la aprobación de una norma reglamentaria en un concreto contenido, omitiendo la potestad discrecional (...).

Lo que se quiere es poner de manifiesto que la consecuencia de la reducción de emisiones de GEI comporta importantes restricciones en los servicios públicos en favor de los ciudadanos, de tal forma que ha de buscarse un equilibrio, una ponderación entre la adopción de medidas sin afectar a tales servicios de manera intensa, haciéndoles perder la calidad en sus prestaciones. Es más, la necesidad de adoptar dichas medidas comporta una afección generalizada de la misma economía de los Estados, trastocando no solo los objetivos macroeconómicos, sino la integridad de la política de los Estados en los ámbitos más variados como son los económicos, medioambientales, sociales, etc. que no parece sea necesario destacar, porque bastaría recurrir al mismo contenido del Plan impugnado para comprender la incidencia que sus determinaciones comportan en todos los ámbitos de la política nacional (...) O si se quiere, que nuestra decisión supondría imponerle al Gobierno la revisión de todas las decisiones políticas ya adoptadas con perspectiva de futuro y condicionar esas políticas de manera intensa para los ejercicios económicos de varias anualidades..., lo cual, desde el punto de vista de las potestades de la que es titular, comportaría una invasión excesiva que no parece pueda ampararse en la potestad de revisión de los reglamentos que nos autoriza el artículo 106 de la Constitución»⁴⁷.

II. LA NORMATIVA CLIMÁTICA INTERNACIONAL, UN FALSO LEVIATÁN MEDIOAMBIENTAL Y LA APUESTA POR LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El Informe AR6: Cambio Climático 2023 del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC)⁴⁸ reitera que las actividades humanas, principalmente a través de las

47 FJ.6.

48 El IPCC es un órgano intergubernamental creado en 1988. Pueden formar parte de él todos los países miembros de las Naciones Unidas y de la Organización Meteorológica Mundial. Actualmente, el IPCC está compuesto por 195 países. Los gobiernos participan también en la exploración del alcance de los informes, la designación de los autores, el proceso de revisión, y aceptan, adoptan y aprueban los informes en las sesiones plenarias. Su tarea inicial, tal como se describe en la Resolución 43/53 de la Asamblea General de la ONU del 6 de diciembre de 1988, consistía en preparar una revisión integral y presentar recomendaciones con respecto al estado del conocimiento de la ciencia del cambio climático; el impacto social y económico del cambio climático; y las posibles estrategias de respuesta y elementos para su inclusión en una posible futura convención internacional sobre el clima. Desde 1988, el IPCC ha tenido seis ciclos de evaluación y ha entregado seis Informes de evaluación, los informes científicos más completos sobre el cambio climático producidos en todo el mundo. También ha producido una variedad de informes de metodología, informes especiales y documentos técnicos, en respuesta a solicitudes de información sobre asuntos científicos y técnicos específicos de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), de los gobiernos y de las organizaciones internacionales. El IPCC es un órgano científico, pero no lleva a cabo investigaciones propias ni supervisa los datos o parámetros relativos al clima. Examina y evalúa la bibliografía científica, técnica y socioeconómica más reciente que se produce en el mundo, pertinente para la comprensión del cambio climático. El IPCC y el ex vicepresidente de los

emisiones de GEI, han causado *inequívocamente* el calentamiento global, con una temperatura superficial global que alcanzó 1,1 °C por encima del previsto en 1850-1900 en relación con el período 2011-2020. Las emisiones mundiales de GEI han seguido aumentando entre 2010 y 2019, con contribuciones históricas y continuas desiguales derivadas del uso insostenible de la energía, el uso de la tierra, los estilos de vida y los patrones de consumo y producción en todas las regiones, países e individuos. El cambio climático causado por el hombre ya está afectando a muchos fenómenos meteorológicos y climáticos extremos en todas las regiones del mundo, generando efectos adversos generalizados en la seguridad alimentaria e hídrica, en la salud humana, en las economías y en la sociedad. La mitad de la población —aproximadamente entre 3.300 y 3.600 millones de personas— vive en contextos muy vulnerables al cambio climático y los daños económicos se han detectado en sectores expuestos al clima como la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía y el turismo. Asimismo, resulta evidente que las comunidades vulnerables, que históricamente han contribuido menos al cambio climático actual, se ven afectadas de manera desproporcionada. El cambio climático ha generado y perpetuado la vulnerabilidad⁴⁹.

Según este Informe, un calentamiento global que llegue a los 1,5 °C en el corto plazo (2021-2040) —un panorama que se presenta como muy probable en todas las proyecciones de escenarios de emisión analizados— desencadenará múltiples peligros climáticos para ecosistemas y sociedades humanas, si bien el nivel de riesgo dependerá de las diferentes condiciones de vulnerabilidad y exposición, del desarrollo socioeconómico y de los avances en adaptación. A medio y largo plazo, los impactos proyectados sobre ecosistemas y sociedades humanas, y las pérdidas y daños asociados, aumentarán proporcionalmente a los incrementos de calentamiento global que se produzcan. Si se consigue limitar el calentamiento en torno a 1,5 °C, se reducirán en gran medida las pérdidas y daños tanto en ecosistemas como en sociedades humanas, aunque no se eliminarán por completo. Además, entre otras conclusiones, se afirma que entre 1901 y 2018, el nivel del mar ha subido 0,20 metros de media cada año y la velocidad de aumento crece. Las olas de calor, las lluvias intensas, las sequías, los incendios y los ciclones tropicales son cada vez más habituales, potentes y duraderos. Estos eventos extremos resultan ya un grave problema de salud pública y causan millones de migraciones cada año, sobre todo en África, Asia, América del Norte y América Central y del Sur. Los pequeños Estados insulares del Caribe y el Pacífico Sur se ven afectados de manera desproporcionada y, entre 2010 y 2020, la mortalidad humana por inundaciones, sequías y tormentas fue 15 veces mayor en las regiones altamente vulnerables en comparación con las regiones de muy baja vulnerabilidad. Algunos problemas de salud mental están relacionados con el aumento de las temperaturas, los traumas provocados por fenómenos extremos y la pérdida de medios de vida y cultura. También, el aumento de calor y los cambios en el clima están favoreciendo la aparición de enfermedades transmitidas por los alimentos y el agua. El cambio climático es, pues, también una cuestión de clases sociales, exacerba las desigualdades e impide la justicia social.

Estados Unidos de América, Al Gore, recibieron el premio Nobel de la Paz en 2007 por su labor en materia de cambio climático. <https://www.ipcc.ch/>

49 Cfr. Informe AR6, pp.4-6. Puede consultarse en la siguiente dirección: https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_FullVolume.pdf

Tal panorama no es el futuro, es el presente. La entonces Alta Comisionada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, M. Bachelet, declaraba que «entre los múltiples retos a los que se han enfrentado los derechos humanos desde la Segunda Guerra Mundial, quizás sea la emergencia climática mundial la que representa una amenaza de mayor magnitud. Desde su repercusión sobre el derecho a la vida, la salud, la alimentación, el agua y la vivienda, hasta nuestros derechos a vivir sin discriminación, al desarrollo y la autodeterminación, sus efectos se sienten ya en todos los ámbitos»⁵⁰. El tiempo corre. Estamos en la lucha de nuestras vidas. Y estamos perdiendo, comentó el Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, a lo que añadió: «La humanidad tiene que elegir: cooperar o perecer. Es un Pacto de Solidaridad Climática o un Pacto Suicida Colectivo... Estamos en una carretera al infierno climático con el pie todavía en el acelerador. La guerra en Ucrania y otros conflictos han causado tanto derramamiento de sangre y violencia, y han tenido impactos dramáticos en todo el mundo, pero no podemos aceptar que nuestra atención no esté centrada en el cambio climático»⁵¹.

El Derecho internacional sobre el cambio climático se ha desarrollado en paralelo con la ciencia climática. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), suscrita en 1992 dentro de lo que se conoció como la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, nació como respuesta directa al primer informe de evaluación del IPCC publicado en 1990, consciente de la función y la importancia de los sumideros y los depósitos naturales de GEI para los ecosistemas terrestres y marinos. Su objetivo último es la estabilización de las concentraciones de GEI en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente y razonable para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible. El Protocolo de Kioto de 1997, que entraría en vigor en 2005, proporcionó el mecanismo legal técnico para implementar reducciones de emisiones sin grandes resultados. Cada uno de los informes del IPCC contiene mayor evidencia científica de la velocidad a la que está ocurriendo el cambio climático y los impactos devastadores que ya está teniendo y seguirá teniendo. Por último, el Acuerdo de París de 2015 refleja el consenso científico construido durante varias décadas que afirma la enormidad y complejidad del cambio climático y sus impactos, el principio de *responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados*, así como la necesidad de incrementar los esfuerzos en las medidas de *mitigación* (reducir las causas de las emisiones de GEI o mejorar los sumideros) y de *adaptación* (capacidad de ajuste de los sistemas naturales o humanos al cambio climático y a sus impactos para moderar los daños, aprovechar las oportunidades y reducir la vulnerabilidad ante los efectos derivados del cambio climático).

No obstante, ante tan contundentes evidencias científicas declaradas en los principales foros internacionales, sin embargo, existe un negacionismo climático que parte de la sociedad internacional ha comprado y ha asumido. A tal efecto, se ha indicado que, ante tales previsiones catastrofistas, se ha generado una «fatiga apocalíptica» que se desentiende de tales problemas. La dimensión científica es reemplazada por el mundo de las emociones en el que el discurso del miedo sobre el cambio climático no siempre resulta efectivo e, incluso, puede contrarrestar

50 <https://news.un.org/es/story/2019/12/1466431>

51 <https://news.un.org/es/story/2022/11/1516697>

la acción contra el cambio climático. Un marco trágico puede conducir a la desconexión porque parece que no hay alternativas, ninguna esperanza de evitar lo inevitable.

Asimismo, provoca la polarización y oposición activa a las políticas climáticas cuando los escenarios del miedo parecen exagerados y otros problemas o necesidades sociales aparentemente se descuidan. La animadversión hacia las élites y hacia el Derecho internacional, en particular, la Agenda 2030, que se presentan como amenaza a las entidades e identidades nacionales y la soberanía estatal, ha sido fomentada y aprovechada por los grupos y partidos nacionalistas de extrema derecha cuya sombra recorre el mundo en las primeras décadas del siglo XXI. Por otra parte, se muestra una alta confianza en que los avances tecnocientíficos y las élites económicas tienen el conjunto de herramientas necesario para reajustar la máquina de manera que las cosas puedan permanecer básicamente como están⁵². Los mensajes de esperanza pueden ser más efectivos para estimular la acción que los mensajes de miedo⁵³. A pesar del desastre anunciado, los negacionistas se resguardan en un imaginario *Leviatán* nacional, tecno-económico, protector ante la inminencia de la catástrofe medioambiental y la naturaleza difusa de los daños climáticos. Se afirma que los convencidos sobre la lucha contra el cambio climático parecen no reflexionar sobre el hecho de que el uso de combustibles fósiles evita al menos tanto sufrimiento humano como el que genera. ¿Cuán probable es, realmente, que un tribunal de derechos humanos se arriesgue a alterar este equilibrio? El Estado de ninguna manera daña a sus ciudadanos, sino que son éstos quienes, a través de su propia conducta deliberada y de sus emisiones, se dañan a sí mismos. Citando a un magistrado de los EE. UU, se recuerda que la revolución industrial y el desarrollo de nuestro mundo moderno han sido literalmente impulsados por el petróleo y el carbón. Sin esos combustibles, prácticamente todo nuestro monumental progreso habría sido imposible, sin olvidar que la imposición de rigurosas restricciones medioambientales podría perjudicar seriamente el desarrollo y el futuro de los países menos avanzados. Todos nos hemos beneficiado. Habiendo cosechado el beneficio de ese progreso histórico, ¿sería realmente justo ignorar ahora nuestra propia responsabilidad en el uso de combustibles fósiles y culpar del calentamiento global a quienes suministraron lo que exigimos?⁵⁴

52 Cfr. SAAB, A., «Discourses of fear on climate change in international human rights law», *European Journal of International Law*, 34, 2023-1, pp.113-135, <https://doi.org/10.1093/ejil/chad002>

53 Cfr. SWYNGEDOUW, E., «Apocalypse Now! Fear and doomsday pleasures», 24, *Capitalism Nature Socialism*, 2013-1, pp.9-18; doi: 10.1080/10455752.2012.759252; KLEIN, N. «The great reset conspiracy smoothie», *The Intercept*, 2020, disponible en: <https://theintercept.com/2020/12/08/great-reset-conspiracy/>.

54 Cfr. ZAHAR, A., «The limits of human rights law: a reply to Corina Heri» 33, *European Journal of International Law*, 2022-3, pp. 953-960, en particular, p.958, <https://doi.org/10.1093/ejil/chac052>. En su réplica, Corina Heri, indica que argumentar que el cambio climático no es un problema de derechos humanos porque «la gente» considera que los beneficios son más importantes que los daños ocasionados, reduce el derecho de los derechos humanos a la nulidad y socava su propósito protector. También hace que toda norma sea incapaz de desafiar el *statu quo* con respecto a cualquier tema, no sólo el cambio climático. Al mantener tal argumentación, Zahar, ignora el papel del poder (como se expresa, por ejemplo, en la política, la regulación y la influencia corporativa) y los factores estructurales resultantes que dan forma a las elecciones de los individuos. Cfr. HERI, C., «Legal imagination, and the turn to rights in climate litigation: A rejoinder to Zahar», *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 6 de octubre de 2022, <https://www.ejiltalk.org/legal-imagination-and-the-turn-to-rights-in-climate-litigation-a-rejoinder-to-zahar/>.

Frente a estos planteamientos y ante la ausencia de un tribunal internacional específico sobre medio ambiente⁵⁵, se ha optado por focalizar el problema del cambio climático en el ámbito de los derechos humanos y, en particular, respecto de determinados grupos vulnerables cuyos derechos y libertades resultarán afectados por las consecuencias climáticas. Se trata de hacer visible a las víctimas del cambio climático, cómo está afectando a sectores concretos de la población y de los medios de producción, como son los niños, las personas mayores, las poblaciones isleñas, los agricultores, ganaderos o pescadores, etc⁵⁶. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han publicado distintos informes y resoluciones sobre el cambio climático relacionados con sectores temáticos relativos a los derechos humanos afectados como: las personas en situación de vulnerabilidad (2022); los derechos de las personas mayores (2021); los derechos de las personas con discapacidad (2020); la acción climática con perspectiva de género (2019); los derechos humanos, cambio climático y migración (2018); los derechos del niño (2017); y el cambio climático y el derecho a la salud (2016)⁵⁷.

En 2018, el Consejo de Derechos Humanos⁵⁸ afirmaba que los «seres humanos son parte de la naturaleza y nuestros derechos humanos están entrelazados con el entorno en el que vivimos. El daño ambiental interfiere con el disfrute de los derechos humanos, y el ejercicio de los derechos humanos ayuda a proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible».

55 ALBERS, J. H., «Human rights and climate change: Protecting the right to life of individuals of present and future generations» 28 *Security and Human Rights*, 2018:1-4, pp.113-144. <https://doi.org/10.1163/18750230-02801009>.

56 Un estudio publicado en julio de 2023 en *Nature Medicine* hace referencia a las víctimas de la crisis climática: 61.672 muertes por calor en Europa en el tórrido verano de 2022. Se trata de un 41% más de fallecimientos atribuidos a las altas temperaturas de media que en los veranos del periodo comprendido entre 2015 y 2021. Los autores de esta investigación se han centrado en el periodo comprendido entre el 30 de mayo y el 4 de septiembre de 2022 y en 823 regiones de 35 países europeos, donde viven 543 millones de personas. De las 61.672 muertes atribuibles al calor, una parte muy importante se concentra en los países mediterráneos. Italia sumó 18.010 fallecimientos y España 11.324, con lo que ambos países acumulan cerca de la mitad de todos los decesos. Como uno de los principales puntos críticos del cambio climático, estas poblaciones estarán cada vez más expuestas a condiciones extremas en verano y, por lo tanto, se espera que experimenten una mortalidad relacionada con el calor cada vez mayor. Los investigadores también han analizado los datos por grupos de edad y sexo. Es entre la población de más edad en la que se registró una mayor mortandad, algo que resulta lógico al ser las personas con mayor comorbilidad. Entre los menores de 65 años se registraron 4.822 muertes asociadas al calor en el verano pasado en los 35 países estudiados. El resto se corresponde con las personas mayores de esa edad, destacando la franja entre los 65 y 79 años, con 36.848 fallecimientos. Además, el estudio muestra que existe un 56% más de decesos relacionados con el calor en mujeres que en hombres. Véase M. PLANELLES, *El País*, «Víctimas de la crisis climática: 61.672 muertes por calor en Europa en el tórrido verano de 2022», 10 de julio de 2023 y <https://www.nature.com/articles/s41591-023-02419-z>.

57 Estos informes y resoluciones pueden consultarse en: <https://www.ohchr.org/en/climate-change> <https://www.ohchr.org/es/climate-change/human-rights-council-resolutions-human-rights-and-climate-change>.

58 Véase el párrafo 1 de los Principios Marco de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente (2018), A/HRC/37/59, Anexo del Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de la seguridad, medio ambiente limpio, saludable y sostenible, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/FrameworkPrinciplesReport.aspx>

Por su parte, la Alta Comisionada de los Derechos Humanos, M. Bachelet, resaltaba que: «La respuesta a la triple crisis planetaria de la contaminación, el cambio climático y la pérdida de biodiversidad debe centrarse en los derechos humanos, incluidos los derechos a la participación, al acceso a la información y a la justicia, y abordando el impacto desproporcionado de los daños ambientales en los más marginados, vulnerables y desfavorecidos»⁵⁹.

Se trata de cambiar de estrategia de actuación, apostando por la litigación climática en el marco de los derechos humanos. Esta estrategia responde, en parte, a la debilidad de los mecanismos de control y sanción previstos en los convenios medioambientales. Como se sabe, el Convenio de París ha optado por una estrategia de tipo descentralizado y ascendente, *bottom-up approach*, limitándose, en parte, a organizar los compromisos que los Estados decidan asumir unilateralmente a nivel nacional junto a un marco de transparencia y la presentación de informes al correspondiente comité o instrumento de supervisión⁶⁰. Como ha sintetizado nuestro Tribunal Constitucional:

«El Acuerdo de París parte de un “objetivo a largo plazo” (art. 4) que es compartido por todos los Estados signatarios: mantener el aumento de la temperatura mundial “muy por debajo de 2.º C con respecto a los niveles preindustriales y proseguir con el esfuerzo para limitar ese aumento de la temperatura a 1, 5.º C” [art. 2.1 a)], pero deja a la discrecionalidad de cada parte la determinación de su contribución a ese objetivo (art. 3). No obstante, a fin de dotar de algún grado de normatividad a ese compromiso voluntario, añade mecanismos que buscan promover su cumplimiento por los Estados, como son la obligación de las partes de suministrar información sobre las contribuciones determinadas a nivel nacional (art. 4.8, 9 y 13), la creación de un comité “para facilitar la aplicación y promover el cumplimiento” del Acuerdo “de manera transparente, no contenciosa y no punitiva” (art. 15) o el “marco de transparencia” del art. 13 que, aunque también previsto “de manera facilitadora, no intrusiva y no punitiva, respetando la soberanía nacional” (art. 13.3), puede permitir en la práctica una revisión por pares y la sanción, al

59 <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/07/bachelet-calls-urgent-action-realize-human-right-healthy-environment>

60 Sobre la estructura y funcionamiento del acuerdo de París, consultar la siguiente dirección: <https://unfccc.int/>. Como ha indicado J. FERRER LLORET, «el Acuerdo de París se diseña una compleja arquitectura institucional y procedimental dedicada a la transparencia y el control internacional de esta norma convencional, en la que las relaciones de coordinación y de complementariedad entre los mecanismos de transparencia de los arts. 13 y 14, y el mecanismo para facilitar la aplicación y promover el cumplimiento del art. 15, no han sido del todo bien perfiladas, ni se presentan a priori del todo garantizadas, ni mucho menos.....no parece que con este diseño un tanto intrincado se asegure precisamente la transparencia y el control internacional de la aplicación y el cumplimiento del Acuerdo de París», «La transparencia y el control internacional en el Acuerdo de París de 2015: ¿Un *self contained regime*?» 38, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2019-2, p.14, DOI: 10.17103/reei.38.04. Véanse también, SALINAS ALCEGA, S., «El Acuerdo de París de diciembre de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional» 70, *Revista Española de Derecho Internacional* 2018-1, pp.53-76, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.1.02>; FERNÁNDEZ EGEA, R.M., «El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?: análisis jurídico y perspectivas futuras» en *El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático: ¿un Acuerdo Histórico o una Oportunidad Perdida?: Análisis Jurídico y Perspectivas Futuras*, S. Borràs Pentinat y Milenka Villavicencio Calzadilla, P. (Eds.), 2018, pp.99-123.

menos política, del Estado que no asuma su parte de responsabilidad en la lucha contra el calentamiento global»⁶¹.

Como concluye Anna Saab, esta tendencia demuestra que hay mucho potencial en el derecho de los derechos humanos para promover narrativas que abarquen las diferentes experiencias de los diversos problemas bajo el paraguas del cambio climático y que dejen espacio para las distintas estrategias necesarias para abordar tales problemas. La amenaza no es el cambio climático en sí mismo. Es necesario considerar la responsabilidad y la rendición de cuentas de los Estados, las empresas y las organizaciones de derechos humanos y ver a las personas no sólo como víctimas pasivas de posibles violaciones de los derechos humanos, sino también como agentes activos en la exigencia de rendición de cuentas y la realización de cambios reales. Hacer un llamamiento a los actores de derechos humanos para que sean conscientes de su propio poder retórico y, en particular, para que se comprometan con los posibles efectos adversos de los discursos del miedo, no implica descartar la existencia o el uso de las emociones en el derecho⁶².

III. EL CAMBIO CLIMÁTICO, LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, PENAL Y DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA NECESIDAD DE UNA JURISPRUDENCIA MÁS AVANZADA SOBRE LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y SOSTENIBLE COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE PARA LA SEGURIDAD Y EL BIENESTAR HUMANOS.

1. Derecho internacional humanitario y penal medioambiental: hacia la plasmación del ecocidio.

Los daños masivos contra la naturaleza han sido una constante en los conflictos armados, desde las históricas tácticas de tierra quemada al lanzamiento de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki el 6 y 9 de agosto de 1946, pasando por los programas de defoliación durante la Guerra de Vietnam (1962-1971), el vertido de petróleo durante la primera Guerra del Golfo frente a la costa de Kuwait (1991), el incendio en 2006 tras los bombardeos israelíes de los depósitos de Yiyeh, a unos 30 kilómetros al sur de Beirut, que supuso el derramamiento al mar entre 10.000 y 15.000 toneladas de fuel, hasta la destrucción de la presa de Nova Kajovka en junio de 2023 en la guerra de Ucrania, con la singularidad de que tanto Ucrania como Rusia prevén en su legislación penal el delito de ecocidio⁶³.

61 F.J.2, Sentencia 87/2019, de 20 de junio de 2019, ECLI:ES:TC:2019:87.

62 Cfr. SAAB, A., *op.cit.*, p.135. Véase también, SOLÀ PARDELL, O., *El Derecho Humano al Medio Ambiente: una Propuesta Ecocéntrica*, Deusto, Bilbao, 2022; SAVARESI, A., «Human rights and the impacts of climate change: Revisiting the assumptions» *Oñati Socio-Legal Series*, 11, 2021-1, pp.231–253: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1143>

63 MILANOVIC, M., «The destruction of the Nova Kakhovka dam and International Humanitarian Law: Some preliminary thoughts», 6 de junio de 2023 y UKHORSKIY, D., «Environmental destruction in war:

Existe una normativa relevante en el marco del Derecho internacional humanitario y del Derecho penal internacional que califica como crimen internacional la existencia de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio ambiente. Como proclama el Principio 24 de la Declaración de Río de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo, «la guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible y, en consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, así como cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario». La culminación de este proceso sería la criminalización internacional del ecocidio y su inclusión entre los delitos de la competencia de la CPI, aun cuando el elemento intencional (*mens rea*) y la determinación del daño ambiental o climático sigan siendo problemáticos⁶⁴. Uno de sus precedentes fue el antiguo (1976) y ahora extinto artículo 19 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos que, remitiéndose a las obligaciones de cooperación de todos los Estados en defensa del bienestar de los pueblos frente a los daños medioambientales proclamadas en la Declaración de Estocolmo de 1972, calificaba como crimen internacional:

A human rights approach», 19 de junio de 2023, en *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

- 64 El concepto de ecocidio se remonta a la década de 1970. La idea surgió inicialmente durante la Guerra de Vietnam cuando el ejército estadounidense utilizó infamemente el «Agente Naranja», un herbicida tóxico, como herramienta de guerra química en Vietnam. El término fue utilizado públicamente por primera vez por el biólogo de plantas Arthur Galston para encapsular lo que describió como «destrucción deliberada y permanente de entornos en los que las personas pueden vivir de la manera que elijan». Debido a la falta de jurisdicción material de los tribunales penales posteriores a la II Guerra Mundial sobre los delitos contra el medio ambiente, el primer Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954 se limitó a incluir los crímenes recogidos en los Principios de Nuremberg, sin incluir el medioambiental. Sólo en 1995, a lo largo del proceso de revisión del Proyecto de Código, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) tomó la iniciativa de tipificar los delitos contra el medio ambiente a nivel internacional. Sin embargo, durante la segunda lectura se decidió, por parte del presidente de la CDI, eliminar la degradación ambiental masiva por completo como una disposición separada, sin ninguna justificación registrada y muy probablemente debido a la presión del *lobby* nuclear y algunos Estados. El objetivo declarado de la CPI es enjuiciar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto que no han sido o no pueden ser tratados de manera efectiva por los tribunales nacionales. Si la Corte quiere cumplir con los criterios de legalidad y, en particular, de legitimidad, en la era actual de perturbación climática global y catástrofe ambiental, los actos perseguidos como ecocidio necesariamente deberán estar profundamente arraigados en procesos ecológicos a gran escala y no optar, al menos desde el principio, por perseguir casos de daños localizados y fácilmente establecidos que pueden ser investigados y sancionados por instancias nacionales o internacionales. Acerca de esta cuestión y de las distintas propuestas sobre la tipificación del ecocidio como crimen internacional véase, BRANCH, A., & MINKOVA, L., «Ecocide, the Anthropocene, and the International Criminal Court», *Ethics & International Affairs*, 37, 2023-1, pp. 51-79, doi:10.1017/S0892679423000059. Uno de los primeros trabajos académicos sobre el ecocidio es el de FALK, RICHARD A., «Environmental warfare and ecocide – Facts, Appraisal, and Proposal», *Bulletin of Peace Proposals*, 4, 1973-1, pp. 80-96, CrossRef Google Scholar. Véase también, GRAY, M.A., «The international crime of ecocide», *California Western International Law Journal* 26, 1996-2, pp. 215-72; y GAUGER, A., POUYE RABATEL-FERNEL, M, ULBICKI, L., SHORT, D. y HIGGINS, P., *The Ecocide Project: Ecocide Is the Missing 5th Crime Against Peace*, Londres: Human Rights Consortium, 2012, sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf. Véase la propuesta de definición de ecocidio presentada en 2021 por el Panel Internacional de Expertos Independientes convocado por la Fundación Stop Ecocidio: <https://stopecocidio.org/definicion-legal-del-ecocidio>.

«La existencia de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares»⁶⁵.

En relación con la normativa convencional de Derecho internacional humanitario (DIH), además de sus principios generales (distinción, proporcionalidad y precaución) y cierta normativa que prohíbe métodos, técnicas y armas de guerra que afectarían indirectamente a la protección del medio ambiente, el 10 de diciembre de 1976 se adoptó la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD:78 Estados parte). Conforme a su artículo 1, cada Estado parte se compromete a no utilizar técnicas (ni ayudar, alentar ni incitar a otros Estados a hacerlo) de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte. La expresión «técnicas de modificación ambiental» comprende todas las técnicas que tienen por objeto alterar —mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales— la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio ultraterrestre.

Por su parte, el artículo 35.3 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra adoptado en 1977, prohíbe de forma novedosa emplear «métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural», mientras que su artículo 55 prevé, dentro de la protección de la población civil, que en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. También quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias⁶⁶.

65 Quinto informe sobre Responsabilidad de los Estados, Roberto Ago, Relator Especial: Anuario CDI 1976, vol. II, segunda parte, pp.73 y 107-109 (A/CN.4/SER.A/Add.1 (Part.2).

66 Además de los objetivos perseguidos y de la dimensión externa prevista en la Convención de 1976, la principal diferencia entre ambas normativas es el umbral del daño exigido. Mientras que en el Protocolo adicional I, los presupuestos de «extenso, duradero y grave» son acumulativos y la expresión «duradero» ha sido interpretada en términos de «décadas», la Convención sobre la modificación ambiental no contiene un criterio acumulativo y el adjetivo «duradero» se entiende como «la duración de doce meses, o aproximadamente una estación». Esta diferenciación se hizo porque la Convención se refiere a la manipulación deliberada (dolosa) del medioambiente, en lugar de a un resultado previsto o esperado sobre el medio ambiente. Es significativo que, en 1992, las Partes en la Convención aprobaran una interpretación que prohíbe el uso de herbicidas si se utilizan para la modificación ambiental y alteran el equilibrio ecológico de una región. Esta interpretación se basa en un deseo de los Estados de no limitar la Convención a armas futuristas y, por lo tanto, refleja un interés en ofrecer una mayor protección al medioambiente durante un conflicto armado. Por esta razón, se mantiene que la prohibición incluida en la Convención abarca tanto la guerra biológica como la guerra geofísica, esto es, actividades que no están especialmente concebidas para la modificación de los procesos naturales, sino que dañen la naturaleza de una u otra forma. JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Conflictos Armados y Derecho Internacional Humanitario*, OMMPRESS, Madrid, 2023; PÉREZ SALOM, R., «La aplicabilidad del Derecho Internacional del Medio Ambiente en tiempo de con-

El Estatuto de Roma califica como crimen de guerra lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medioambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea (art. 8.2.b iv del Estatuto). Esta regulación del Estatuto de Roma ha sido criticada porque más que un avance supone un retroceso en el desarrollo progresivo de la protección del medio ambiente en los conflictos armados. Se refiere exclusivamente a los conflictos armados internacionales cuando, tras la Segunda Guerra Mundial, la gran mayoría de los conflictos armados han sido de carácter no internacional; conserva los requisitos acumulativos de daño extenso, duradero y grave utilizados en el Protocolo I; y, además, agrega el requisito adicional, de que el daño no debe ser manifiestamente excesivo en relación con la ventaja militar esperada. La referencia exclusiva a los conflictos internacionales; el umbral excesivamente alto del artículo 8(2)(b) (iv) del Estatuto, que limita su aplicación a supuestos de daño ambiental masivo; la absoluta ausencia de una disposición equivalente en tiempo de paz; y las dudosas perspectivas de crear un tribunal internacional especial para el medio ambiente, abogan por la expansión de la jurisdicción de la CPI sobre los casos más graves de degradación ambiental⁶⁷.

Si bien es verdad que tal disposición sólo se refiere a los conflictos armados internacionales y mantiene, incomprensiblemente, la laguna existente en el Protocolo adicional II de 1977 referente a la protección del medio ambiente en los conflictos armados internos, podríamos mantener que la regulación y la práctica existentes sobre la materia, incluyendo los avances sobre la sanción del ecocidio, refuerzan la naturaleza consuetudinaria del crimen de guerra por daños graves, duraderos y extensos al medio ambiente, así como de la obligación de preservarlo frente a tales daños con respecto a todos los Estados y en relación con todos los conflictos independientemente de su naturaleza. En tal sentido ha sido declarado por el Proyecto de Principios sobre la protección del medio ambiente relacionados con los conflictos armados⁶⁸. Por

flicto armado internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2018, DOI: 10.15581/010.34, pp.525-548.

67 Cfr, PALARCZYK, D. «Ecocide before the International Criminal Court: Simplicity is better than an elaborate embellishment». *Crim Law Forum* 34, 2023, pp.147-207, en particular, pp.148.149, <https://doi.org/10.1007/s10609-023-09453-z>.

68 El 7 de diciembre de 2022, la CDI adoptaba el Proyecto de Principios sobre la protección del medio ambiente relacionados con los conflictos armados (A/RES/77/104) en cuyo preámbulo se asume la necesidad de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, así como en las situaciones de ocupación. Entre los principios declarados podemos destacar los siguientes. El Principio 12, que introduce la Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, precisa que «en los casos no contemplados por acuerdos internacionales, el medio ambiente quedará bajo la protección y el gobierno de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública». Asimismo, el Principio 13, relativo a la protección general del medio ambiente durante un conflicto armado, dispone: «1. El medio ambiente se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados. 2. Con arreglo al derecho internacional aplicable: a) Se velará por la protección del medio ambiente contra los daños vastos, duraderos y graves; b) Queda prohibido el empleo de métodos y medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños vastos, duraderos y graves al medio ambiente. 3. Ninguna parte del medio ambiente podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar». Según el Proyecto, los Estados deben adoptar medidas apropiadas para

otra parte, también se ha resaltado que, a pesar del elevado número de Estados parte que tiene el régimen convencional sobre el cambio climático de la ONU, guarda silencio sobre quién debe informar acerca de las emisiones de GEI en los territorios ocupados, dando lugar bien a la posible doble contabilización o, lo más probable, a la falta de información⁶⁹.

2. La protección del medioambiente desde los derechos humanos: la *ecologización* de los derechos humanos.

Junto a esta protección, nos encontramos con una arraigada práctica jurisprudencial que sanciona los impactos negativos de las actividades humanas sobre el medio ambiente en cuanto lesionan los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Ya en uno de los primeros casos ante el TEDH, el asunto *López Ostra c. España*⁷⁰, se concluyó que los daños graves al medio ambiente pueden afectar a los derechos de las personas al privarles del goce de su vivienda de tal manera que perjudique su vida privada y familiar en vulneración del artículo 8 del CEDH. Los jueces han demostrado conciencia ecológica al incorporar aspectos ambientales en los litigios de derechos humanos⁷¹.

que las empresas que operen en su territorio o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción, actúen con la debida diligencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente, también en relación con la salud humana, cuando realicen actividades en una zona de conflicto armado. Esas medidas están destinadas, entre otras cosas, a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de otro modo de una manera ambientalmente sostenible (Principio 10 sobre la debida diligencia de las empresas). Por su parte, el Principio 11, bajo el título responsabilidad civil de las empresas, establece que los Estados deben adoptar medidas apropiadas para que las empresas que operen en su territorio o desde él, o en territorios bajo su jurisdicción, puedan ser consideradas responsables de los daños que hayan causado al medio ambiente, también en relación con la salud humana, en una zona de conflicto armado. Cuando proceda, esas medidas deben estar destinadas, entre otras cosas, a velar por que las empresas puedan ser consideradas responsables en la medida en que esos daños hayan sido causados por una filial suya que actúe bajo su control *de facto*. A tal efecto, los Estados deben prever, cuando proceda, procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos, en particular para las víctimas de esos daños.

69 PEZZOT, R.E., «To report or not to report GHG emissions in occupied territories. A practical approach for having a more accurate world count of global GHG emissions». *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, September 12, 2023: <https://www.ejiltalk.org/to-report-or-not-to-report-ghg-emissions-in-occupied-territories-a-practical-approach-for-having-a-more-accurate-world-count-of-global-ghg-emissions/>

70 TEDH, asunto *López Ostra c. España*, demanda n° 16798/90, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, pars. 51, 55 y 58. Véase también, entre otros asuntos: *Guerra y otros c. Italia* [GS], demanda n°. 14967/89, Sentencia de 19 de febrero de 1998, pars. 57, 58 y 60; *Tătar c. Romania*, demanda n°. 67021/01, Sentencia de 27 de enero de 2009, pars. 85 a 88, 97, 107, 113 y 125; *Di Sarno y otros c. Italia*, demanda n°. 30765/08, Sentencia de 10 de enero de 2012, pars. 104 a 110 y 113. Sobre la jurisprudencia del TEDH al respecto, véase, GARCÍA SAN JOSÉ, D., «Treinta años de protección del derecho al medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: balance crítico de una jurisprudencia con luces y sombras», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXII, 2022, pp. 109-150, <https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2022.22.16950>

71 Además de la lesión del derecho a la vida privada y familiar, en el ámbito europeo, el TEDH ha reconocido que la degradación severa del medio ambiente puede afectar el bienestar del individuo y, como consecuencia, generar violaciones a los derechos de las personas, tales como el derecho a la vida (véase, entre otros asuntos, *Öneryıldız c. Turquía* [GS], demanda n°. 48939/99, Sentencia de 30 de noviembre de 2004,

Es lo que se ha denominado la *ecologización de los derechos humanos*. Como se indica en el Informe de 2018 del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, que contiene como anexo los Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente:

«Los órganos creados en virtud de tratados, los tribunales regionales, los relatores especiales y otros órganos internacionales de derechos humanos han aplicado más bien el derecho de los derechos humanos a las cuestiones ambientales mediante una “ecologización” de los derechos humanos existentes, incluidos los derechos a la vida y a la salud. Retrospectivamente esa evolución no resulta tan sorprendente como tal vez parecía cuando dio comienzo hace más de veinte años. Los daños ambientales afectan al pleno disfrute de una amplia gama de derechos humanos, y las obligaciones de los Estados de respetar tales derechos, de protegerlos de injerencias y de hacerlos plenamente efectivos se aplican en el contexto ambiental al igual que en los demás. Así pues, el reconocimiento expreso del derecho humano a un medio ambiente saludable resultó ser innecesario para la aplicación de las normas de derechos humanos a las cuestiones ambientales. Paralelamente, es significativo que la gran mayoría de los países del mundo hayan reconocido ese derecho en el plano nacional o regional o en ambos»⁷².

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el asunto *Portillo Cáceres v Paraguay* (2019), señaló, en atención a los desarrollos existentes en la materia en otras instancias internacionales (jurisprudencia del TEDH y de la CorteIDH), que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de los derechos humanos, y que la degradación ambiental puede afectar el goce efectivo del propio derecho a la vida. En el caso mencionado, el Comité estimó que las fumigaciones masivas con agrotóxicos en la zona de referencia, según fue ampliamente documentado, constituyeron amenazas a la vida de los autores, amenazas razonablemente previsibles por el Estado parte dado que tales fumigaciones contaminaron los ríos en los cuales los autores pescan, los pozos de los cuales beben, y los árboles frutales, cultivos y animales de cría de los cuales se alimentan. El Comité también observó que, durante

para. 71, 89, 90 y 118; *Budayeva y otros c. Rusia*, demanda n° 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, Sentencia de 20 de marzo de 2008, para. 128-130, 133 y 159; *M. Özel y otros c. Turquía*, demanda n°. 14350/05, 15245/05 y 16051/05, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, para. 170, 171 y 200); derecho a la propiedad privada (*Papastavrou y otros c. Grecia*, demanda n°. 46372/99, Sentencia de 10 de abril de 2003, para. 33 y 36 a 39; *Öneriyildiz c. Turquía* [GS], demanda n°. 48939/99, Sentencia de 30 de noviembre de 2004, para. 124-129, 134 a 136 y 138; *Turgut y otros c. Turquía*, demanda n°. 1411/03, Sentencia de 8 de julio de 2008, para. 86 y 90 a 93). Véanse las siguientes direcciones sobre la jurisprudencia del TEDH sobre cambio climático y medio ambiente: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_climate_change_eng https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Environment_ENG

72 A/HRC/37/59, para.12-13. En el caso, *Daniel Billy et al. v. Australia*, comunicación de 21 de julio de 2022 3624/19), par. 8.3 el Comité de Derechos Humanos recuerda que la degradación ambiental, el cambio climático y el desarrollo insostenible constituyen algunas de las amenazas más apremiantes y graves a la capacidad de las generaciones presentes y futuras para disfrutar del derecho a la vida. Véase, GIMÉNEZ, I.A y PETIT DE GABRIEL, E.W., «Cambio climático y derechos humanos: el caso de los Isleños del Estrecho de Torres. Día de las Naciones Unidas. Día Internacional contra el Cambio Climático» octubre 24, 2022, <https://aquiencia.net/2022/10/24/cambio-climatico-y-derechos-humanos-el-caso-de-los-isleños-del-estrecho-de-torres/#more-16251>.

al menos cinco años antes de los hechos, diversas autoridades estatales habían sido alertadas de las actividades de fumigaciones y de sus incidencias en los habitantes de la Colonia Yerutí. A pesar de estas alertas y denuncias, el *Estado parte no actuó*. Asimismo, al imponer sanciones administrativas a dos de los productores, el *Estado parte reconoció la peligrosidad de las actividades*, hecho no anulado por el sobreesimiento de uno de los dos casos por errores de forma en la intervención de los fiscalizadores ambientales. Cuando la contaminación tiene *repercusiones directas sobre el derecho* a la vida privada y familiar y el domicilio, y sus consecuencias nefastas tienen un significativo nivel de gravedad, en función de la intensidad o la duración de las molestias y de sus efectos físicos o mentales, la degradación del medio ambiente puede afectar el bienestar del individuo y generar violaciones de la vida privada y familiar y del domicilio en violación manifiesta del artículo 17 del Pacto⁷³. Finalmente, el Comité toma nota de que los autores alegan que los hechos constituyen también una violación del artículo 2, párrafo 3, del Pacto, en conjunto con los artículos 6 y 17, porque no se habría investigado de manera efectiva, adecuada, imparcial y diligente la contaminación ambiental que implicó la intoxicación y la muerte del Sr. Portillo Cáceres⁷⁴. *Prueba documentada, certeza científica, amenazas de riesgos razonablemente previsibles, acción u omisión del Estado, reconocimiento estatal de la peligrosidad y causalidad directa sobre la lesión grave del derecho de la víctima estructuran el fundamento de la responsabilidad del Estado*.

Desde una visión más prospectiva e interactiva de las obligaciones medioambientales y de derechos humanos, en su Observación general núm. 36 sobre el artículo 6, derecho a la vida (2019), el Comité de Derechos Humanos indica que la degradación del medio ambiente, el cambio climático y el desarrollo insostenible son algunas de las amenazas más acuciantes y graves a la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar del derecho a la vida. Las obligaciones que incumben a los Estados parte en virtud del Derecho internacional del medio ambiente deberían, por lo tanto, informar el contenido del artículo 6 del Pacto y la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el derecho a la vida debería informar también sus obligaciones pertinentes con arreglo al Derecho internacional del medio ambiente. El cumplimiento de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida, en particular la vida con dignidad, depende, entre otras cosas, de las medidas adoptadas por los Estados partes para reservar el medio ambiente y protegerlo frente a los daños, la contaminación y el cambio climático que provocan agentes públicos y privados. Por consiguiente, los Estados partes deben garantizar la utilización sostenible de los recursos naturales, establecer y aplicar normas ambientales sustantivas, efectuar evaluaciones del impacto ambiental y consultar a los Estados pertinentes sobre actividades que pudieran incidir de manera significativa en el medio ambiente, notificar los desastres naturales y las emergencias a los demás Estados concernidos

73 «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

74 CCPR/C/135/D/3624/2019.

<https://aquiencia.net/2022/10/24/cambio-climatico-y-derechos-humanos-el-caso-de-los-islenos-del-estrecho-de-torres/>

y cooperar con ellos, facilitar el acceso adecuado a información sobre los peligros ambientales y tener debidamente en cuenta el criterio de precaución⁷⁵.

En el marco del Consejo de Europa, se han invocado con éxito una serie de normas jurídicas internacionales adoptadas en su seno (en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea y el Convenio de Berna sobre la conservación de la vida silvestre y los hábitats naturales europeos) para ayudar a avanzar en cuestiones ambientales. Hasta el momento, el TEDH se ha pronunciado sobre unos 300 casos relacionados con el medio ambiente⁷⁶, aplicando conceptos como el derecho a la vida, la libertad de expresión y la vida familiar a una amplia gama de cuestiones, como la contaminación, los desastres naturales o provocados por el hombre y el acceso a información ambiental. La teoría de las obligaciones positivas y la aplicación del principio de debida diligencia han resultado cruciales para establecer alcanzar tales logros.

En uno de sus últimos asuntos, el caso *Pavlov y otros c. Rusia* (2022), los demandantes alegaron que la concentración de sustancias nocivas en el aire atmosférico y el agua potable en Lipetsk había excedido sistemáticamente los niveles máximos permitidos y que las autoridades, en contravención del artículo 8 del Convenio, no habían tomado medidas significativas, como, por ejemplo, creando zonas de protección sanitaria alrededor de las empresas industriales de la ciudad, para mejorar la situación ambiental. El Tribunal indicó que no es su tarea determinar qué pasos prácticos precisos deberían haberse tomado en la situación para reducir la contaminación de una manera más eficiente, sin embargo, entendió que estaba dentro de su jurisdicción evaluar si el Estado abordó el problema con la *debida diligencia* y tuvo en cuenta todos los intereses en juego. A la luz de los conocimientos científicos disponibles en el momento de los hechos, específicamente de la información sobre la dinámica de la contaminación del aire en 1999, 2013 y 2014-2021, y sin perjuicio de los resultados de estudios científicos futuros, el TEDH estimó que las medidas tomadas conjuntamente a partir de 2014 por las autoridades federales y regionales, así como por el sector industrial privado bajo el control del Estado, habían promovido un cambio gradual hacia concentraciones más bajas de emisiones nocivas en el aire atmosférico y una reducción de la contaminación del agua y del suelo. Por el contrario, durante el período comprendido entre el 5 de mayo de 1998 y finales de 2013, las autoridades no abordaron con diligencia la situación ambiental desfavorable en la zona, sin que se redujera la contaminación industrial *lo suficiente* como para evitar que los residentes de la ciudad estuvieran expuestos a los riesgos para su salud. Por lo tanto, las autoridades nacionales no lograron un equilibrio justo entre el cumplimiento de sus obligaciones positivas para garantizar el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y los intereses de la sociedad en su conjunto⁷⁷.

75 CCPR/C/GC/36, par.62. Véase también Observación general n° 14 (2000) sobre el *Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/2000/4.

76 Sobre los distintos asuntos del TEDH relacionados con los derechos humanos, el medio ambiente y el cambio climático véanse: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_climate_change_eng https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Environment_ENG

77 TEDH, *Pavlov y otros c. Rusia*, Sentencia de 11 de octubre de 2022, demanda n°. 31612/09, pars.90-93. De la misma fecha, véase *Kotov y otros c. Rusia*, demanda n°. 6142/18. Para el juez ruso, Sr. Lobov, al con-

Como recuerda el TEDH, el Convenio no garantiza la protección general del medio ambiente como tal y, como ha reiterado en su jurisprudencia, la relación de causalidad entre el nivel excesivo de contaminación y los efectos nocivos para la salud u otros derechos de los demandantes no puede presumirse automáticamente en todos los casos. Es concebible que, a pesar de la contaminación excesiva y sus efectos negativos comprobados sobre la población de la zona afectada, los solicitantes pueden no sufrir ningún daño especial y extraordinario. No obstante, y como previamente había apreciado el Tribunal en el asunto *Pavlov*, incluso ante la ausencia de pruebas médicas sobre la relación directa entre la contaminación y la salud de los demandantes, ha de examinarse el comportamiento adoptado por el Estado pues no siempre se requiere tal causalidad directa, en particular cuando lo que se denuncia es la conducta pasiva de las autoridades estatales ante los riesgos constatados de contaminación. Así pues, *el TEDH sí que ha reconocido, particularmente a través del principio de diligencia debida, la responsabilidad de los Estados ante el riesgo conocido, documentado oficial y científicamente y no evitado*. En este caso, el Estado reconoció que la situación ambiental en la región, y especialmente la contaminación del aire en la ciudad, tuvo una influencia directa en las tasas de morbilidad de sus residentes. Asimismo, se estableció que las concentraciones excesivas de sustancias tóxicas en el aire atmosférico se habían asociado con un riesgo significativo de desarrollar enfermedades respiratorias y cardiovasculares, hepáticas y renales. Incluso que ciertas sustancias presentes en cantidades excesivas en el aire eran cancerígenas. Si bien no pudo decirse, debido a la falta de pruebas médicas, que la contaminación industrial del aire causó necesariamente daños a la salud de los demandantes, el Tribunal apreció, sobre la base de la amplia prueba presentada por ambas partes, incluida los informes oficiales y las decisiones de los tribunales nacionales, que vivir en el área marcada por una contaminación en claro exceso de los estándares de seguridad aplicables exponía a los solicitantes a un riesgo elevado para la salud⁷⁸.

No obstante, como han defendido Albers, J. H. (2018) y F. Francioni (2011), esta estrategia se refiere a la normativa de derechos humanos, no a las normas e instrumentos ambientales. Aunque la protección medioambiental se logre indirectamente vía derechos humanos, no se enmarca como un interés público general. Este uso reduccionista de los derechos humanos puede incluso ser contraproducente en la medida en que tiende a reducir los valores ambientales a la esfera muy limitada del interés individual, adulterando así su naturaleza inherente de bienes públicos indispensables para la vida y el bienestar de la sociedad en su conjunto. La cuestión radica en invertir la lógica jurisprudencial hasta ahora mantenida, sobre la necesidad de una jurisprudencia más avanzada en el campo de los derechos humanos que reconozca la dimensión colectiva del derecho a un medio ambiente sano y sostenible como una condición indispensable para la seguridad y el bienestar humanos⁷⁹. En 1997, el Juez Weeramantry de-

vertir una obligación de medios en una obligación de resultado, tal enfoque resultaba inconsistente con el principio bien establecido en la jurisprudencia del TEDH de que el régimen jurídico interno no es el factor principal a tener en cuenta para evaluar si el Estado ha cumplido sus obligaciones positivas.

78 Cfr. par.68 de la sentencia. Asimismo, véase el asunto *Cordella y otros c. Italia*, Sentencia de 24 de enero de 2019, demandas nº. 54414/13 y 54264/15, pars.141-174.

79 ALBERS, J. H., «Human Rights and Climate Change. Protecting the Right to Life of Individuals of Present and Future Generations» *Security and Human Rights*,28, 2018,1-4, pp. 113-144, doi: <https://doi.org/10.1017/S1525002518000011>.

claraba en su Opinión separada al fallo dictado en 1997 por la CIJ en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, que la protección del medio ambiente constituye una parte vital de la doctrina contemporánea de los derechos humanos, puesto que es una condición *sine qua non* para la efectividad de numerosos derechos humanos, como el derecho a la salud y el derecho a la vida misma. Apenas es necesario profundizar sobre esta cuestión, ya que los daños al medio ambiente pueden poner en peligro y socavar todos los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal y otros instrumentos de derechos humanos. Los derechos ambientales son derechos humanos. Según el Juez de la CIJ, los tratados que afectan a los derechos humanos no pueden aplicarse de manera que constituyan una negación de estos. Un tribunal no puede respaldar acciones que constituyen una violación de los derechos humanos según los estándares actuales simplemente porque cuando se adoptaron tales convenios dichas acciones no eran estimadas como una violación de las obligaciones y derechos previstos en ellos⁸⁰.

3. El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano colectivo e individual que aporta seguridad jurídica.

Por el momento no se ha adoptado ningún instrumento internacional de alcance universal jurídicamente vinculante sobre el derecho al medio ambiente sano aun cuando pueda resultar discutible la existencia de una norma de Derecho internacional general o consuetudinaria al respecto. Desde la perspectiva convencional, distintas manifestaciones de tal derecho aparecen incluidas, entre otros, en la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos⁸¹, en el Protocolo adicional de 1988 a la Convención americana de derechos humanos⁸², o en la Carta árabe de derechos humanos⁸³, siendo el artículo 11 del Protocolo Adicional americano el más taxativo al declarar que: «Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano». En el marco europeo destaca el artículo 37, dentro del Título IV sobre Solidaridad, de la Carta

[org/10.1163/18750230-02801009](https://doi.org/10.1163/18750230-02801009) y FRANCONI, F., «International human rights in an environmental horizon», *European Journal of International Law*, 21 2010-1, pp. 41-55, <https://doi.org/10.1093/ejil/chq019>.

80 *ICJ Reports 1997*, pp.88-89 y 111.

81 Su art. 24 dispone que: «Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo».

82 El art.11 sobre el *Derecho a un medio ambiente sano*, declara que: «1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente».

83 Su art. 38 indica que: «Toda persona tendrá derecho a un estándar adecuado de vida para sí mismo y para su familia, que asegure bienestar y una vida decente, e incluya comida adecuada, vestimenta, vivienda, servicios y el derecho a un ambiente seguro. Los Estados Parte deberán de tomar las medidas apropiadas en el ámbito de sus recursos disponibles para asegurar que este derecho se realice». Asimismo, el art.39 establece que: «1. Los Estados Parte deberán reconocer el derecho de todos a disfrutar del más alto estatus posible de salud física y mental y el derecho que tiene todo ciudadano a disfrutar del acceso libre y no discriminatorio a los servicios de salud y a los centros de salud. 2. Los pasos que tomen los Estados Parte deberán incluir los necesarios para: f. Combatir la contaminación ambiental y proveer sistemas de saneamiento».

de derechos fundamentales de la Unión Europea⁸⁴, sin que esté expresamente previsto en el Convenio europeo de derechos humanos del Consejo de Europa.

La CorteIDH, en su Opinión consultiva OC-23/17 de 2017, haciendo referencia a que el derecho a un medio ambiente sano está recogido en gran parte de las constituciones de los Estados de la región, así como en el *corpus iuris internacional* anteriormente citado, e invocando directamente el Protocolo de San Salvador e indirectamente el artículo 26 de la Convención americana de derechos humanos⁸⁵, reconoce que:

«El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad»⁸⁶.

Sin llegar a tales conclusiones en términos de conceptualización como derecho humano, existe una práctica institucional sobre la materia especialmente relevante. La Comisión Europea presentaba en julio de 2021 una propuesta de directiva sobre la protección del medio ambiente a través del derecho penal que sustituirá a la Directiva 2008/99/CE⁸⁷. En su exposición de moti-

84 De acuerdo con este artículo: «En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad»

85 Según esta disposición: «Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

86 Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos, par.59

87 COM(2021) 851 final. También se ha presentado una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que realizan actos de participación pública frente a las demandas judiciales manifiestamente infundadas o abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública») COM(2022) 177 final. Véase también el Informe de 2022 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (https://commission.europa.eu/system/files/2022-12/1_1_201131_2022_charter_report_en.pdf). En el seno del Consejo de Europa, el 23 de noviembre de 2022, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó los Términos de Referencia para un nuevo Comité de Expertos en la Protección del Medio Ambiente a través del Derecho Penal (PC-ENV). El PC-ENV, por lo tanto, ha sido creado y encomendado, bajo la autoridad del Comité de Ministros y el Comité Europeo sobre Problemas Criminales (CDPC), para elaborar una nueva Convención sobre la Protección del Medio Ambiente a través del Derecho Penal. El nuevo Convenio del Consejo de Europa establecerá una base general de derecho penal ambiental paneuropeo, proporcionando un marco global común en línea con la naturaleza transnacional del desafío ambiental que debe afrontarse. Sobre la política penal de la UE en materia de medio ambiente, ALZINA LOZANO, A., *El Derecho Penal y la Política Medioambiental de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2023.

vos se recuerda el paquete de propuestas presentado para un Nuevo Pacto Verde y la Estrategia de Biodiversidad, destinado a reducir las emisiones en un 55 % de aquí a 2030 y a hacer que Europa sea climáticamente neutra de aquí a 2050, reconociendo que el derecho penal es tan solo una parte, como último recurso, de esta estrategia integral de la UE para proteger y mejorar el estado del medio ambiente. Asimismo, el Reglamento de Aarhus modificado⁸⁸ refuerza el derecho de las organizaciones medioambientales a solicitar a las instituciones y órganos de la UE que revisen sus decisiones para garantizar el cumplimiento de la legislación medioambiental de la UE. Recientemente, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la UE confirmaba que el Convenio de Aarhus, leído juntamente con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, obliga a los Estados miembros que garanticen la tutela judicial efectiva para que las asociaciones medioambientales verifiquen ante los tribunales nacionales que se cumplen las normas de la legislación medioambiental de la UE en sentido amplio⁸⁹.

De forma más contundente se ha reconocido el derecho humano ambiental en el seno de las Naciones Unidas. La Resolución 48/13 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 8 de octubre de 2021 reconoce: «El derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano importante para el disfrute de los derechos humanos», constatando que tal derecho está relacionado con otros derechos y el derecho internacional vigente cuya promoción requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional». En los mismos términos se pronuncia la Resolución A/RES/76/300 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 28 de julio de 2022, adoptada por 161 votos a favor y 8 abstenciones, que constata que «una gran mayoría de Estados han reconocido de alguna forma el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible en el marco de acuerdos internacionales o en sus constituciones, leyes o políticas nacionales»⁹⁰.

El 22 de agosto de 2023, el Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas publicó la esperada Observación general núm. 26 sobre los derechos del niño y el medio ambiente, con especial atención al cambio climático⁹¹. Haciendo referencia a las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Derechos Humanos y tomando el testigo de las conclusiones adoptadas en 2021 en los asuntos *Sacchi y otros* por parte del propio Comité⁹², en dicha Observación

88 Reglamento (UE) 2021/1767 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 2021 por el que se modifica el Reglamento (CE) 1367/2006 relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (DO, L 356/1, de 8 de octubre de 2021). La Comisión también adoptó una comunicación para facilitar el acceso a la justicia en asuntos medioambientales para particulares y ONG, COM(2020) 643.

89 Sentencia de 8 de noviembre de 2022, *Deutsche Umwelthilfe eV contra Bundesrepublik Deutschland*, C-873/19, EU:C:2022:857.

90 La Asamblea General adopta una resolución histórica que reconoce un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano <https://press.un.org/en/2022/ga12437.doc.htm>. Véase también la A/RES/76/205 sobre la Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2021.

91 CRC/C/GC/26.

92 CRC/C/88/D/104/2019. Se trataba de las quejas presentadas contra cinco Estados (Argentina, Brasil, Francia, Alemania y Turquía) por 16 niños denunciantes en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención

se reconoce el *derecho pleno y efectivo de los niños a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*: un medio ambiente limpio, saludable y sostenible es a la vez un derecho humano en sí mismo y necesario para el pleno disfrute de la amplia gama de derechos de los niños previstos en la Convención⁹³. Reconociendo que los niños han estado en la vanguardia de la litigación medioambiental, se exhorta a los Estados a la previsión de medidas y recursos judiciales y extrajudiciales efectivos que permitan el acceso a la justicia y la reparación del daño causado⁹⁴, en particular cuando se trata de acciones contra el sector empresarial⁹⁵. Aun cuando no se refiere a los derechos las generaciones futuras —sí a sus intereses legítimos⁹⁶—, se exige a los Estados el deber de adoptar medidas deliberadas, específicas y selectivas para lograr el disfrute efectivo de tales derechos, incluso mediante la elaboración de leyes, políticas, estrategias o planes científicos, basadas y coherentes con las directrices internacionales pertinentes relacionadas con la salud y la seguridad ambientales, absteniéndose de tomar medidas regresivas. Además, según el Comité, los Estados tienen la obligación de *diligencia debida* para adoptar medidas preventivas apropiadas contra daños ambientales razonablemente previsibles y violaciones de estos derechos, prestando la debida atención al principio de precaución. Esto incluye evaluar los impactos ambientales de las políticas y proyectos, identificar y prevenir daños previsibles, mitigar dichos daños si no se pueden prevenir y proporcionar soluciones oportunas y efectivas para reparar tanto los daños previsibles como los reales⁹⁷.

Para el Comité, los Estados conservan su discreción para llegar a un equilibrio razonable entre la determinación de los niveles apropiados de protección ambiental y el logro de otros objetivos sociales a la luz de los recursos disponibles. Sin embargo, ese margen de maniobra está limitado por las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención. Además, se incide en que los niños tienen muchas más probabilidades que los adultos de sufrir daños graves, incluidas consecuencias irreversibles para su vida debido a la degradación ambiental. Por lo tanto, dado el mayor deber de diligencia que esto supone, los Estados deberían establecer y hacer cumplir normas ambientales que protejan a los niños de esos efectos desproporcionados y de largo plazo⁹⁸.

En la misma dirección, la Recomendación CM/Rec(2022)20 sobre derechos humanos y protección del medioambiente adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de septiembre de 2022 pide a sus 46 Estados miembros que consideren reconocer, a nivel nacional, el derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano. En la aplicación de esta Recomendación, según el Comité, los Estados miembros deben asegurarse de respetar los principios generales del derecho internacional del medio ambiente, como el principio de no dañar; el de prevención; el de precaución; el de «quien contamina paga»; la equidad intergeneracional; el principio de no discriminación; el acceso sin discriminación

sobre los Derechos del Niño. El Comité concluyó que un Estado parte puede ser considerado responsable del impacto negativo de sus emisiones de carbono en los derechos de los niños tanto dentro como fuera de su territorio. Sin embargo, desestimó el caso por falta de agotamiento de los recursos internos.

93 Cfr CRC/C/GC/26, par.8.

94 Pars.82-90.

95 Pars.78-81.

96 Par.11.

97 Pars.69-72.

98 Par.73

a la información; la justicia en materia medioambiental; la participación en los procesos de toma de decisiones sobre el medio ambiente; y la educación ambiental. Los Estados miembros deben garantizar, sin discriminación, el disfrute efectivo de los derechos y libertades establecidos en el CEDH y, en su caso, en la Carta Social Europea y la Carta Social Europea (revisada), en relación con el medio ambiente. Además, la Recomendación subraya la importancia de la cooperación de los gobiernos con las entidades a nivel subnacional, la sociedad civil, las instituciones nacionales de derechos humanos, las instituciones regionales de protección y promoción de los derechos humanos, los defensores de los derechos humanos medioambientales, los actores económicos, los pueblos indígenas y las comunidades locales, las ciudades y las regiones. Por último, se anima a los Estados miembros a que exijan a las empresas que actúen de acuerdo con su responsabilidad con los derechos humanos en materia de medioambiente⁹⁹.

La Resolución 2396 (2021) y la Recomendación 2211 (2021) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «*Anclar el derecho a un medio ambiente saludable: necesidad de una mayor acción por parte del Consejo de Europa*», encomienda al Comité de Ministros la elaboración de un protocolo adicional tanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos como al sistema de la Carta Social Europea sobre el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible. Conforme a la propuesta de Protocolo que presenta reconoce que «el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, sano y sostenible» significa el derecho de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente no degradado, viable y digno que sea propicio para su salud, desarrollo y bienestar. En su artículo 2, bajo el epígrafe del *Principio de responsabilidad, equidad y solidaridad transgeneracional*, dispone que cada generación tiene el deber de proteger el medio ambiente y la biodiversidad y prevenir cualquier daño irreparable e irreversible a la vida en la Tierra, a fin de garantizar el derecho de las generaciones posteriores a vivir en un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible. Asimismo, se les exige que garanticen que los recursos naturales se utilicen y gestionen de manera ambientalmente sostenible y que el progreso científico y tecnológico en todas las áreas no perjudique la vida en la Tierra. Junto a estas obligaciones también se establece el deber de prevenir el daño ambiental y reparar el daño ambiental¹⁰⁰.

99 <https://rm.coe.int/0900001680a83df1>

100 El texto de las recomendaciones y la propuesta de convenio puede consultarse en: <https://pace.coe.int/en/files/29501/html>. El art. 4 —Principios de prevención, precaución, no regresión e *in dubio pro natura*— dispone que: «Cuando se establezca un riesgo de daño al medio ambiente ya la biodiversidad, se establecerán medidas de actuación preventiva y de rectificación, prioritariamente en origen, para evitar que se produzcan daños ambientales. Cuando existan amenazas de daños graves al medio ambiente o a la salud humana, animal o vegetal, la falta de certeza científica no se utilizará como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para evitar la degradación del medio ambiente y la biodiversidad. A) Queda prohibida cualquier reversión de la protección jurídica del medio ambiente o del acceso a la justicia ambiental. B) Las disposiciones nacionales e internacionales sobre el medio ambiente sólo podrán ser objeto de mejora continua, teniendo en cuenta el estado actual de los conocimientos científicos y tecnológicos. En caso de duda, todos los asuntos ante los tribunales, organismos administrativos y otros tomadores de decisiones deben resolverse de la manera más probable que favorezca la protección y conservación de la naturaleza, dando preferencia a las alternativas menos dañinas para el medio ambiente». Por su parte, el art. 6 —Derechos procesales—, establece que: «A) Toda persona tiene derecho a acceder a la información relativa al medio ambiente en poder de las autoridades públicas, sin necesidad de acreditar interés. B) Si un proyecto, programa o política tiene impacto sobre el medio ambiente y la biodiversidad,

De nuevo en el marco de las Naciones Unidas y con anterioridad a la Resolución 48/13 (2021) del Comité de Derechos Humanos, el Informe de 2018 del Relator especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, teniendo en consideración la experiencia de los países que han establecido derechos constitucionales a un medio ambiente saludable, afirmaba que el reconocimiento de ese derecho ha demostrado tener ventajas reales, pues no sólo aumenta la visibilidad y la importancia de la protección ambiental, sino que asimismo ha servido de base para la promulgación de leyes ambientales más sólidas. Cuando se ha aplicado por los tribunales, ha contribuido a establecer una red de seguridad para proteger contra las lagunas en la legislación y ha generado oportunidades para mejorar el acceso a la justicia¹⁰¹. Según el Relator especial, es «comprensible que los Estados puedan ser renuentes a reconocer un “nuevo” derecho humano cuando su contenido es vago. Para tener la seguridad de que un derecho se tendrá debidamente en cuenta, es importante aclarar sus repercusiones. El derecho humano a un medio ambiente saludable no sería un concepto vacío a la espera de un contenido, sino que su contenido ya se ha aclarado mediante el reconocimiento por las autoridades encargadas de los derechos humanos de que un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible es necesario para el pleno disfrute de los derechos humanos a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda, etc.»¹⁰².

IV. EL DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO: EL CAMINO DE LA OBLIGACIÓN ESTATAL AL DERECHO HUMANO. EL ESTATUTO DE VÍCTIMA (POTENCIAL: VIOLACIÓN INTERTEMPORAL O DIACRÓNICA DE DERECHOS Y LIBERTADES) Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ANTE OBLIGACIONES COLECTIVAS.

En virtud de la práctica anterior, resulta indiscutible que los Estados han asumido obligaciones para prevenir y combatir el cambio climático. Asimismo, existe una práctica generalizada y uniforme que constata el reconocimiento internacional del derecho humano a un medio ambiente sano aun cuando no se pueda concretar si estamos en su fase cristalizadora o, por el contrario, nos encontramos a la espera de la consagración de la *opinio iuris generalis* necesaria para tal cristalización. Por otra parte, quedan otras cuestiones, particularmente procesales, pendientes de cara a reconocer que tal derecho resulta exigible y justiciable¹⁰³.

toda persona tendrá derecho a ser consultada previamente para ser oída por los órganos decisorios sobre la autorización y desarrollo de dicho proyecto, programa o política. C) Toda persona tiene derecho de acceso a la justicia en materia ambiental. D) Toda persona cuyos derechos consagrados en el presente Protocolo sean violados tendrá un recurso efectivo»

101 En su Opinión concurrente a la Sentencia *Pavlov y otros c. Rusia* (2022), el Juez SERGHIDES concluye que una disposición tan explícita sobre el derecho al medio ambiente en el Convenio sería un incentivo para leyes ambientales nacionales más estrictas y un enfoque más centrado en la protección por parte de los tribunales nacionales, pero, lo que es más importante, proporcionaría una protección más amplia y completa del Convenio del derecho potencial garantizado.

102 A/HRC/37/59, pars.13.

103 Cfr. los trabajos de DE VILCHEZ MORAGUES, P., «Panorama de litigios climáticos en el mundo» *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 26, 2022, pp.349-381 y *Climate*

1. El estatuto de víctima respecto a derechos y generaciones futuras: evoluciones emergentes a la luz de las condiciones de la sociedad contemporánea. El riesgo diacrónico o intertemporal sobre los derechos humanos y libertades fundamentales ante el cambio climático.

El estatuto de víctima en materia de litigación climática no plantearía problemas si optáramos por otorgar personalidad jurídica, propia y autónoma, a la naturaleza. Optaríamos por una visión «ecocéntrica»¹⁰⁴ o «ecocéntrica-antrópica» del problema en lugar de la visión antropocéntrica que parece imperar en Derecho internacional.

Por la alternativa ecocéntrica, se ha decantado la CorteIDH en su dictamen consultivo de 2017¹⁰⁵ cuando califica el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo que «protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería

in Court. Defining State Obligations on Global Warming Through Domestic Climate Litigation, Edward Elgar, Cheltenham, 2022.

104 Como se ha indicado, «el ecocentrismo, partiendo de una visión holística de lo humano, propone ampliar nuestras reflexiones sobre la comunidad moral, cuestionando la idea antropocéntrica del daño y, con ello, nuestra exclusividad como sujetos de derechos. Las Constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009, así como los avances jurisprudenciales en altas cortes de diferentes países de América, dan cuenta de cómo, dentro del continente, dicho cuestionamiento adquiere una creciente relevancia dentro del discurso jurídico. Este cuestionamiento, a su vez, parece impactar en el Sistema Interamericano por medio del recientemente consagrado derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo. Este derecho, conforme lo señala la Corte IDH, busca proteger a la naturaleza como un bien en sí mismo, aun en ausencia de riesgo para el ser humano. Concentra el daño en la naturaleza y cuestiona con ello la consideración del ser humano como el único sujeto de protección al que se referiría el artículo 1.2 de la Convención», MONTALVÁN ZAMBRANO, D., «Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 23, 46, 2021-1, pp. 505-527, en particular, p.507, <https://dx.doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.25>

105 Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos, par.62. En su Opinión separada al fallo dictado por la CIJ en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros (Hungría c. Eslovaquia)*, el Juez Weeramantry, haciendo referencia a las tradiciones jurídicas de las distintas civilizaciones del mundo, aludía a los principios de responsabilidad en la tutela de los recursos terrestres («*principle of trusteeship of earth resources*»), el principio de derechos intergeneracionales y el principio de que el desarrollo y la conservación del medio ambiente deben ir de la mano. Según el Juez de Sri Lanka, la Tierra debe ser respetada por tener vitalidad propia y estar integralmente vinculada al bienestar de la comunidad. Cuando es utilizada por los humanos, se le debe brindar todas las oportunidades para reponerse. Todos los miembros de la comunidad tienen el deber de preservar la integridad y pureza del medio ambiente. Los recursos naturales no son de propiedad individual, sino colectiva, y su uso debe guiarse por el principio del interés mayoritario de la humanidad. Este enfoque adquiere una importancia cada vez mayor en un momento en que tal armonía entre la humanidad y su herencia planetaria es un requisito previo para la supervivencia humana. Cfr. *ICJ Reports* 1997, p.107.

jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales¹⁰⁶ sino incluso en ordenamientos constitucionales»¹⁰⁷. Tal conclusión ha sido reiterada por la CorteIDH en la Sentencia dictada el 6 de febrero de 2020 en el asunto de las *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*¹⁰⁸.

En España, la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca (adoptada por iniciativa legislativa popular: 639.826 firmas para ser tramitada en el Congreso de los Diputados y el Senado) recuerda en su Preámbulo que el artículo 45 de nuestra Constitución¹⁰⁹ ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de que es la *naturaleza* como ecosistema la unidad que integra al ser humano como un elemento más y, por tanto, la que permite el desarrollo de la persona. El ser humano como parte integrante de la naturaleza y no como un ser destinado a dominarla para ponerla exclusivamente a su servicio. Igualmente puso de manifiesto la conexión entre el me-

106 Hace referencia a los siguientes asuntos: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622-16 de 10 de noviembre de 2016, pars. 9.27 a 9.31; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 218-15-SEP-CC de 9 de julio de 2015, pp. 9 y 10; y Corte Superior de Uttarakhand At Naintal (High Court of Uttarakhand At Naintal) de la India, Decisión de 30 de marzo de 2017, pp. 61–63. No citada en la Opinión consultiva de 2017, la Corte Suprema de Colombia falló en 2018 a favor de 25 jóvenes y niños de Colombia que demostraron que el gobierno de ese país no había reducido la deforestación del Amazonas a pesar de sus obligaciones nacionales e internacionales y compromisos voluntarios asumidos en cumbres sobre el clima. En la sentencia, la Corte Suprema de Colombia reconoce que los derechos ambientales de las futuras generaciones se cimentan en el (i) deber ético de la solidaridad de la especie y (ii) en el valor intrínseco de la Naturaleza. El primero, se explica por cuanto los bienes naturales se comparten por todos los habitantes del Planeta Tierra, y por los descendientes o generaciones venideras que aún no los tienen materialmente pero que son tributarios, destinatarios y titulares de ellos, siendo aquéllos, sin embargo, contradictoriamente, cada vez más insuficientes y limitados. De tal forma que, sin la existencia actual de un criterio equitativo y prudente de consumo, la especie humana podrá verse comprometida en el futuro por la escasez de recursos imprescindibles para la vida. De esta forma, solidaridad y ambientalismo se «relacionan hasta convertirse en lo mismo». El segundo; trasciende de la perspectiva antropocéntrica, y se enfoca en criterio «ecocéntrico-antrópico», el cual sitúa al ser humano a la par del entorno ecosistémico, cuya finalidad es evitar el trato prepotente, displicente e irresponsable del recurso ambiental, y de todo su contexto, para satisfacer fines materialistas, sin ningún respeto proteccionista o conservacionista. Según la Corte, en vista de lo antelado, en el ámbito internacional ha surgido numerosa normatividad, *hard* y *soft law*, que constituye un orden público ecológico mundial y sirve de criterio orientador para las legislaciones patrias, como para resolver las denuncias ciudadanas por la destrucción de nuestro hábitat, en pos de la protección de los derechos subjetivos de las personas, de las generaciones presentes y futuras. STC 4360-2018 de 4 de abril de 2018, pars.5-13 (<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>)

107 En particular, las Constituciones de Bolivia y Ecuador con referencia explícita en esta última a la naturaleza o Pacha Mama.

108 Cfr. par.202 de la Sentencia: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

109 El art. 45 CE, en el marco del Capítulo Tercero «De los principios rectores de la política social y económica» dentro del Título I. De los derechos y deberes fundamentales, dispone que «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

dio natural y los derechos fundamentales a la vida y la salud de las personas¹¹⁰. Además, la Ley reconoce legitimación activa a cualquier persona física o jurídica para la defensa y en nombre del ecosistema del Mar Menor (art.6) y asume que,

«De acuerdo con la propuesta de una interpretación ecocéntrica de nuestro ordenamiento jurídico, señalada tanto por el Alto Tribunal como por algunos operadores jurídicos, se debe ampliar la categoría de sujeto de derecho a las entidades naturales, con base en las evidencias aportadas por las ciencias de la vida y del sistema tierra. Estas ciencias permiten fundamentar una concepción del ser humano como parte integral de la naturaleza, y nos obliga a afrontar la degradación ecológica que sufre el planeta tierra y la amenaza que eso conlleva para la supervivencia de la especie humana. La declaración de la personalidad jurídica del mar Menor y su cuenca permitirá una gobernanza autónoma de la laguna costera, entendida como un ecosistema merecedor de protección en sí mismo, una novedad jurídica que potencia el tratamiento dado hasta ahora: la laguna pasa de ser un mero objeto de protección, recuperación y desarrollo, a ser un sujeto inseparablemente biológico, ambiental, cultural y espiritual»¹¹¹.

En términos generales, para admitir una demanda internacional de derechos humanos se exige que el demandante se vea afectado actualmente (i), que se trate de una lesión propia e individual (ii) y que afecte directamente (iii) en sus derechos o libertades¹¹². En tal sentido, el artí-

110 Cfr. [FF.JJ.](#) 12 y 17, STS 8749/1990 (Sala 2ª Penal), de 30 de noviembre de 1990, Ponente: J.A. Martín Pallín, ECLI:ES:TS:1990:8749.

111 BOE, núm. 237 de 3 de octubre de 2022. La Ley reconoce al Mar Menor como un «sujeto de derechos» incluyendo no sólo la zona donde está situada la laguna costera sino también a los acuíferos que se conectan con ella y que pueden afectar a su «estabilidad ecológica». Los cuatro derechos que reconoce son el derecho a existir y a evolucionar naturalmente, a la protección, a la conservación y a la restauración. La ley también obliga a la Administración Pública a desarrollar políticas públicas de prevención, alerta temprana, protección y precaución «para evitar que las actividades humanas conduzcan a la extinción de la biodiversidad del Mar Menor». También está obligada a realizar estudios periódicos sobre el estado del ecosistema del Mar Menor y hacer un mapa de los riesgos actuales y posibles, a restringir «de forma inmediata» las actividades que puedan conducir a la extinción de especies y la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales y prohibir o limitar la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio biológico del Mar Menor.

112 En el caso del recurso de anulación previsto ante el Tribunal de Justicia de la UE (art.263 TFUE), se exige que la persona, física o jurídica, resulte afectada *directa e individualmente* por los actos normativos adoptados. En el asunto *Armando Carvalho y otros contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, las demandantes alegaron que el nivel de ambición de la Unión no resultaba suficientemente elevado en lo que respecta a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero e infringía normas jurídicas vinculantes de rango superior (en particular, el Acuerdo de París). Argumentaron que la capacidad técnica y económica de la Unión Europea se extiende a reducir esas emisiones entre un 50% y un 60%, por lo que se debe anular el paquete legislativo adoptado en materia de cambio climático en la medida en que permitirá emisiones en 2030 a un nivel superior al 40% al 50% de los niveles de 1990. También presentaron acción de daños y perjuicios, alegando que la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea se había desencadenado en la medida en que, al incumplir normas jurídicas de rango superior, la Unión Europea les había causado un perjuicio por el que solicitaron una compensación en especie en forma de medida cautelar. Ese daño, según las demandantes, era tanto actual como futuro y consistía en que sus condiciones de vida se veían afectadas negativamente, en particular en la medida en que el cambio climático, al que contribuyen directamente las emisiones de gases de efecto invernadero, restringe sus actividades y sus medios de subsistencia y provoca daños físicos. Por su parte, el Tribunal de Justicia mediante auto de 8 de mayo de 2019, asunto T-330/18, confirmado mediante

culo 34 del Convenio europeo de derechos humanos dispone que el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere «víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos». Asimismo, añade que las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

La jurisprudencia del TEDH se ha decantado por una visión antropocéntrica en cuanto a los titulares de los derechos y libertades y se ha estructurado conforme a los principios de subsidiaridad y de margen de apreciación de los Estados en aquellos ámbitos donde no existe una reglamentación convencional o internacional suficiente o, en su caso, un consenso general emergente y común europeo, que limite la capacidad de actuación soberana de los Estados miembros del Consejo de Europa. En materia medioambiental, la revisión del TEDH es limitada dado que tiene una función de supervisión subsidiaria en la que concede a los Estados un amplio margen de apreciación en el complejo contexto medioambiental, fáctico y jurídico, donde las autoridades nacionales están en la mejor posición para sopesar diferentes consideraciones conflictivas y establecer prioridades sobre la base de los recursos disponibles¹¹³.

Según la jurisprudencia del TEDH acerca de este requisito de admisibilidad de la demanda¹¹⁴, el artículo 34 CEDH se refiere no sólo a la víctima o víctimas directas de la supuesta violación, sino también a las víctimas indirectas a quienes la violación podría causar daño o que tendrían un interés válido y personal en que se ponga fin a ella¹¹⁵. En todo caso, *debe existir un vínculo suficientemente directo entre el solicitante y el daño que considera que ha sufrido a causa de la supuesta violación*¹¹⁶. El Convenio no permite denuncias en abstracto ni prevé la institución de una *actio popularis*, lo que significa que los solicitantes no pueden reclamar contra una disposición de una ley, práctica o actos públicos nacionales simplemente porque parecen contravenir el Convenio. Se exige la existencia de una violación particular del Convenio incluso en ausencia de perjuicio o cuando sólo se corra el riesgo de verse directamente afectado por

Sentencia en casación de 25 de marzo de 2021, asunto C-565/19 P, declaraba que es probable que todas las personas se vean afectadas de una forma u otra por el cambio climático, cuestión que ha sido reconocida por la Unión Europea y los Estados miembros que, en consecuencia, se han comprometido a reducir las emisiones. Sin embargo, el hecho de que los efectos del cambio climático puedan ser diferentes para una persona que para otra no significa que, por ello, exista legitimación para interponer recurso contra una medida de alcance general. Como se desprende de la jurisprudencia, un enfoque diferente tendría como consecuencia la privación de sentido de las exigencias del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, y la creación de *locus standi* para todos sin que se cumpla el criterio de la afectación individual en el sentido de la jurisprudencia. Cfr. pars.35-52, de la Sentencia en casación de 2021.

113 Acerca de estas características y la incompatibilidad del sistema jurisdiccional del CEDH para proteger los derechos medioambientales, véase, KROMMENDIJK J., «Beyond *Urgenda*: The role of the ECHR and judgments of the ECtHR in Dutch environmental and climate litigation», *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 31, 2022-1, pp. 60-74, <https://doi.org/10.1111/reel.12405>.

114 Véase, *Practical Guide on Admissibility Criteria* en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/admissibility_guide_eng

115 Asunto *Vallianatos y otros c. Grecia*, demandas n.º. 29381/09 y 32684/09, STEDH (Gran Sala) de 7 de noviembre de 2013, par.47.

116 Asunto *Gorraiz Lizárraga y otros c. España*, demanda n.º 62543/00, STEDH de 27 de abril de 2004, par. 35.

un acto u omisión del Estado excluyéndose los actos privados, temporal o definitivamente, de efectos jurídicos¹¹⁷. Para que los solicitantes puedan alegar ser víctimas, deben presentar pruebas razonables y convincentes de la *probabilidad* de que ocurra una violación que los afecte personalmente; la mera sospecha o conjetura es insuficiente a este respecto¹¹⁸. Sin embargo, no necesariamente el estatuto o noción de víctima del Convenio debe coincidir con la del derecho interno del Estado demandado, pues se interpreta de forma autónoma e independientemente de las normas nacionales como las relativas al interés o la capacidad para actuar¹¹⁹.

No obstante, también el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido que *el término víctima puede evolucionar a la luz de las condiciones de la sociedad contemporánea y debe aplicarse sin excesivo formalismo*¹²⁰. El criterio establecido en el artículo 34 no debe aplicarse de manera rígida, mecánica e inflexible¹²¹. En ciertas situaciones específicas, además, el Tribunal ha aceptado que un solicitante puede ser una *víctima potencial* cuando presente pruebas razonables y convincentes de la probabilidad de que se produzca una violación que le afecte personalmente, siendo la mera sospecha o conjetura insuficientes¹²². Una persona puede alegar que una ley viola sus derechos, en ausencia de una medida individual de ejecución, si se le exige que modifique su conducta o corre el riesgo de ser procesada o si es miembro de un grupo o clase de personas que corren *el riesgo de verse directamente afectadas* por tal legislación¹²³.

Qué interpretación adoptará el TEDH respecto las demandas interpuestas sobre el cambio climático. ¿Podría el TEDH decantarse por una interpretación evolutiva acorde con el consenso emergente global sobre la necesidad de actuar contra el cambio climático reflejado en la práctica ambiental internacional? ¿Podría entender sobre la base de pruebas científicas razonables y convincentes («el *mejor conocimiento científico existente*» sobre la materia, como puede ser, entre otros, los informes IPPC) que la existencia de un riesgo evidente y significativo causado por GEI sobre los derechos y libertades de las generaciones actuales, en particular de las personas que son particularmente vulnerables y se ven directamente afectados por un riesgo climático particular, tendrá consecuencias jurídicas sobre el disfrute de tales derechos y libertades tanto en el presente como en el futuro? ¿Que la defensa de los derechos fundamentales hacia el futuro (protección diacrónica) parte de la base de la protección de los derechos actuales o sincrónica¹²⁴?

117 Asunto *Monnat c. Suiza*, demanda n° 73604/01, STEDH de 21 de septiembre de 2006, par.31

118 Asunto *Roman Zakharov c. Rusia*, demanda n°. 47143/06, STED (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2015, par.164; asunto *Centro de Recursos Legales en nombre de Valentin Câmpeanu c. Rumanía*, demanda n°. 47848/08, STEDH de 17 de julio de 2014, par.101; asunto *Lambert y otros c. Francia*, demanda n°. 46043/14, STEDH de 5 de junio de 2015, par.89.

119 Asunto *Gorraiz Lizárraga y otros c. España*, *loc.cit.*, par. 35

120 *Ibid.*, par.38.

121 *Micallef c. Malta* [GC], demanda n°. 17056/06, Sentencia de 15 de octubre de 2009, par.45; *Karner c. Austria*, demanda n°. 40016/98, Sentencia de 24 de julio de 2003, par. 25.

122 *Senator Lines GmbH c. quince Estados miembros de la Unión Europea*, Decisión de la Gran Sala de 10 de marzo de 2004, demanda n°. 56672/00.

123 *Shortall y otros c. Irlanda*, Decisión de 19 de octubre de 2021, demanda n°. 50272/18, pars.46-47.

124 RUIZ PRIETO, M., «Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del cambio climático y su doctrina», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nueva Época, 17, 2022, pp. 78-93, <https://doi.org/10.24965/realia.i17.11063>.

En el ya citado asunto *Pavlov y otros c. Rusia* de 11 de octubre de 2022, el TEDH admitió que el mantenimiento de una situación de contaminación sin adoptar medidas para su mitigación y reducción, a pesar de la existencia de informes científicos negativos, podría avalar una vulneración de los derechos o libertades de las personas aun cuando no fueran víctimas directas¹²⁵. Sobre este dilema, la Presidenta del TEDH, Sra. O’Leary, formuló en las audiencias públicas sobre los asuntos *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza y Carême c. Francia*, la siguiente pregunta: ¿deberíamos, en el contexto específico de los casos medioambientales o del cambio climático, y dado que la gran mayoría de los Estados del Consejo de Europa son partes en el Convenio de Aarhus, que otorga derechos específicos a las asociaciones medioambientales, revisar ahora en 2023 nuestra jurisprudencia existente en relación con la condición de víctima de las asociaciones? Si no es así, ¿por qué no?¹²⁶. En la respuesta dada por el abogado en el asunto *Carême*, se hicieron varias referencias a la evolución de los derechos humanos y el cambio climático ante otros tribunales, nacionales e internacionales, con el propósito de trazar un camino claro a la Gran Sala del TEDH y que esta lo trazara asimismo ante las jurisdicciones nacionales que han de pronunciarse sobre el cambio climático y los derechos humanos¹²⁷.

El TEDH podría seguir las pautas seguidas por otros tribunales. En el asunto *Urgenda*, el Tribunal Supremo de los Países Bajos asumió la visión prospectiva del tribunal de primera instancia acerca de los derechos de las generaciones actuales contra la emisión de GEI en territorio neerlandés al entender que, en referencia a la acción civil entablada, resultaba completamente plausible que la generación actual de ciudadanos holandeses, en particular pero no limitado a los individuos más jóvenes de este grupo, tenga que lidiar con los efectos adversos del cambio climático durante su vida si las emisiones globales de gases de efecto invernadero no se redujeran adecuadamente¹²⁸. En 2015, el tribunal de distrito afirmaba que, en virtud del principio de equidad intergeneracional previsto en los tratados medioambientales, el Estado, al elegir las medidas, también deberá tener en cuenta el hecho de que los costos deben distribuirse razonablemente entre las generaciones actuales y futuras. Si, de acuerdo con las ideas actuales, resulta más barato actuar ahora, el Estado tiene una seria obligación, derivada del *debido cuidado* hacia las generaciones futuras, de actuar en consecuencia¹²⁹.

125 Cfr. par. 69 de la Sentencia.

126 Citado por PEDERSEN, O. W., «Climate Change hearings and the ECtHR», 4 de abril de 2023, Climate Change hearings and the ECtHR – EJIL: Talk! (ejiltalk.org)

127 *Ibid.*

128 Cfr. pars. 2.3.2 y 4.7 de la Sentencia de 13 de enero de 2020 del Tribunal Supremo de los Países Bajos puede consultarse en: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2020/20200113_2015-HAZA-C0900456689_judgment.pdf o en <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>, La Sentencia del Tribunal de primera instancia de 2015 puede consultarse en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>

129 Cfr. par. 4.76 de la Sentencia de 2015. El tribunal enfatiza que tales medidas deben referirse ante todo a las medidas de mitigación, ya que las medidas de adaptación sólo permitirán que el Estado proteja a sus ciudadanos de las consecuencias del cambio climático a un nivel limitado. Si las emisiones actuales de gases de efecto invernadero continúan de la misma manera, el calentamiento global tomará tal forma que los costos de adaptación serán desproporcionadamente altos. Por lo tanto, las medidas de adaptación no serán suficientes para proteger a los ciudadanos contra las consecuencias mencionadas a largo plazo.

También, el TEDH podría asumir la doctrina denominada del *riesgo paralesivo* asumida por el Tribunal Constitucional alemán cuando afirmó que la posibilidad de una violación de la Constitución alemana no puede negarse argumentando que un riesgo de daño futuro no representa un daño actual y, por lo tanto, no equivale a una violación de los derechos fundamentales. Incluso las disposiciones que sólo comienzan a presentar riesgos significativos para los derechos fundamentales en el transcurso de su implementación posterior pueden entrar en conflicto con la Ley Fundamental. Los querellantes no están reivindicando los derechos de las personas no nacidas o, incluso, de generaciones futuras, ninguna de las cuales goza de derechos subjetivos fundamentales, sino más bien están invocando sus propios derechos fundamentales. Tampoco son los recursos constitucionales una *actio popularis* inadmisibles, pues el mero hecho de que un número muy elevado de personas se vean afectadas no excluye que los demandantes se vean afectados individualmente en sus propios derechos fundamentales.

Para el Tribunal Constitucional alemán (*asunto Neubauer et al. c. Alemania*), el artículo 20 a) de la Ley Fundamental, que reconoce la protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales, teniendo en cuenta la responsabilidad del Estado con las generaciones futuras, no implica ningún derecho fundamental subjetivo a la protección ambiental objeto de recurso de amparo, ni reconoce un «derecho fundamental a un nivel de vida ecológico mínimo» ni un «derecho a un futuro acorde con la dignidad humana» que justifique legitimación para presentar una demanda constitucional. Por otra parte, afirmó que Alemania ha ratificado el Acuerdo de París y el legislador alemán no ha permanecido inactivo en la medida en que la Ley federal de cambio climático ha establecido especificaciones concretas para la reducción de GEI con la previsión de reducción para 2030 marcándose como objetivo a largo plazo de lograr la neutralidad de GEI para 2050. Para el Tribunal Constitucional alemán, no se puede constatar que las disposiciones impugnadas por los querellantes hayan vulnerado un deber de protección derivado de los derechos fundamentales. Dada la libertad de acción del legislador en el cumplimiento de los deberes de protección derivados de los derechos fundamentales, sólo se vulneraría tal derecho constitucional si no se tomaran medidas cautelares de ningún tipo o si las disposiciones y medidas adoptadas resultaran del todo o manifiestamente inadecuadas para lograr la protección. En particular, el legislador tiene un margen considerable para decidir cómo lograr un equilibrio adecuado entre los intereses de los titulares de los derechos expuestos a los riesgos del cambio climático y los intereses que se oponen a una acción climática más estricta. No es evidente en la actualidad que las disposiciones impugnadas excedan este margen de maniobra¹³⁰.

No obstante, el Tribunal admite que los demandantes tienen legitimación activa para interponer demandas de inconstitucionalidad en defensa de sus derechos fundamentales en la medida en que las previsiones de mitigación de la legislación climática no resultan sustanciales ni suficientes para garantizar la reducción requerida del EGI a partir de 2030. Después de esta

130 Cfr. pars. 109-110 y 172 de la Sentencia de 24 de marzo de 2021. Se puede consultar en: BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20 – Rn. (1–270), http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html (climatecasechart.com) y en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html

fecha, podrían ser necesarios más esfuerzos de mitigación con un preaviso extremadamente breve, lo que colocaría a los denunciantes bajo una enorme presión (adicional) y pondría en grave peligro su libertad protegida por los derechos fundamentales. Se trataría, como ha indicado alguna autora, de la *violación de la garantía intertemporal de libertad para las jóvenes generaciones*¹³¹. Este efecto anticipado sobre la libertad futura puede tener como efecto la violación de los derechos fundamentales de los denunciantes en la medida en que la libertad está protegida integralmente por la Ley Fundamental a través de derechos fundamentales especiales y, en cualquier caso, a través de la libertad general de acción consagrada en el artículo 2.1 de su Constitución¹³². Ello hace necesario elevar el nivel de protección regulando los límites anuales de emisiones hasta 2050 de tal forma que se garantice la distribución intergeneracional equitativa del cupo. Estamos, como ha sido calificado, «ante una nueva responsabilidad, la del riesgo diacrónico de los derechos fundamentales, esto es, que el riesgo o peligro ha de ser soportado por titulares de derechos futuros, bien por no haber nacido el derecho o bien por no haber nacido el titular»¹³³.

Como ha destacado Jannika Jahn, el Tribunal alemán enmarcó los derechos básicos como garantías intertemporales de libertad sólo en la dimensión negativa, sin reconocer un derecho pleno a la justicia intergeneracional, lo que habría requerido una evaluación de su dimensión positiva, es decir, de los deberes protectores que se derivan también de él. Sin embargo, la Corte fue más allá al imponer un deber especial de diligencia al poder legislativo y hacerlo justiciable, y reconocer que los hallazgos científicos fiables sobre el cambio climático, los puntos de inflexión irreversibles, etc., tal como se reflejan en las estimaciones del IPCC, obligan al legislador a tomar medidas de precaución para buscar un equilibrio justo entre las infracciones de las libertades actuales y futuras causadas por las medidas de reducción, también después de 2030¹³⁴. Por último, dada la naturaleza progresiva e irreversible del proceso, es necesario fijar los límites de emisión futuros de modo decreciente (principio de no regresión), para evitar la incongruencia de que estos sean mayores al final del proceso que al inicio. El legislador habría vulnerado su deber, derivado del principio de proporcionalidad, de garantizar que la reducción de las emisiones de CO2 hasta la neutralidad climática, constitucionalmente necesaria en virtud del art. 20 a) de la Ley Fundamental, se distribuya en el tiempo de manera prospectiva respetando los derechos fundamentales¹³⁵. Dada su dimensión global, sólo se podrá alcanzar

131 JAHN, J., *op.cit.*, p.13.

132 «Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral» https://www.bundestag.de/resource/blob/658022/160ce346b7f4d14f05fcbf8080a60fc0/flyer_ley_fundamental_pdf-data.pdf

133 CARRETERO SÁNCHEZ, S., *La Responsabilidad del Estado en sus Nuevos Frentes: Sanitario, Alimentario, Energético y de Inteligencia Artificial*, Colex, A Coruña, 2023, p. 244.

134 Cfr. JAHN, J., *op.cit.*, p.13

135 Pars. 192-196 y 243-262 de la sentencia. Acerca de esta decisión véase RUIZ PRIETO, M. «Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del cambio climático y su doctrina» *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 17, 2022, pp. 78-93, <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11063>. En el marco de la jurisprudencia americana, la Sentencia 4360-2018 de la Corte Suprema de Colombia de 4 de abril de 2018, reconoció los derechos ambientales de las futuras generaciones que se cimentan en el deber ético de la solidaridad de la especie y en el valor intrínseco de la Naturaleza. El primero, se explica por cuanto los bienes naturales se comparten por todos los habitantes del Planeta Tierra, y por los descendientes o generaciones venideras que aún no los tienen materialmente pero que

el objetivo de frenar el cambio climático de forma efectiva mediante la cooperación internacional, incluido, si fuera necesario, la adopción de tratados más restrictivos, y la actuación conforme a los avances científicos, hasta tal punto que sitúa al legislador alemán bajo la obligación *constitucional* y permanente de adaptar su derecho ambiental a los últimos avances y hallazgos internacionales y científicos¹³⁶.

2. La mitigación del cambio climático ante una responsabilidad conjunta pero factible y científicamente individualizable. Cada uno de los Estados ha de «hacer su parte» para frenar del cambio climático.

También se ha invocado que afrontar el problema del cambio climático, en particular respecto a la mitigación, implica la evaluación de la conducta del conjunto de Estados y actores que integran la comunidad internacional, por lo que no resultaría válida la impugnación de la actuación de un Estado de forma aislada al resto del mundo. Tal planteamiento supondría, en la mayoría de los casos, una aplicación extraterritorial irreconciliable con el texto de los tratados de derechos humanos cuyo alcance geográfico se limita explícitamente al «territorio» o la «jurisdicción» del Estado parte¹³⁷. Es poco probable que un solo Estado de forma individual ejerza un «control efectivo» sobre las causas e impactos mundiales del cambio climático. No obstante, exigir la responsabilidad al conjunto de Estados responsables supondría una especie de responsabilidad mancomunada, aun cuando fragmentada, que obligaría a demandar a la totalidad de los Estados responsables del daño global. Para Benoit Mayer, al abordar la mitigación del cambio climático como una obligación de derechos humanos, los Estados deben dejar de lado sus intereses nacionales y cumplir con sus obligaciones como grupo (es decir, como parte de la comunidad internacional o del grupo de las partes en un tratado). Tal «obligación colectiva», para este autor, constituiría un oxímoron pues sólo una persona jurídica (individual) puede contraer una obligación y ser responsable de su incumplimiento. Ninguna

son tributarios, destinatarios y titulares de ellos, siendo aquéllos, sin embargo, contradictoriamente, cada vez más insuficientes y limitados. De tal forma que, sin la existencia actual de un criterio equitativo y prudente de consumo, la especie humana podrá verse comprometida en el futuro por la escasez de recursos imprescindibles para la vida. De esta forma, solidaridad y ambientalismo se «relacionan hasta convertirse en lo mismo». Esta protección además deriva del propio marco constitucional colombiano pues como declaraba su Tribunal Constitucional «la Carta contiene una verdadera “constitución ecológica”, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. Igualmente, la Corte ha precisado que esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. Es más, en varias oportunidades, la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, “unos deberes calificados de protección”». Cfr. pars.5-13 de la Sentencia en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>

136 Cfr. pars.210-213 de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfG, Order of the First Senate of 24 March 2021 – 1 BvR 2656/18 https://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html

137 MAYER, B., *op.cit.*, pp. 426-428, <https://doi.org/10.1017/ajil.2021.9>

fuente o autoridad demuestra la existencia de una «obligación colectiva» de la comunidad internacional en su conjunto o de las partes en un tratado, como una sola persona jurídica, para proteger los derechos humanos o mitigar el cambio climático¹³⁸.

El artículo 47 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2021) que prevé la situación en la que varios Estados son responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito y la posibilidad de que cada Estado lesionado pueda invocar separadamente la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito. Según los comentarios de la CDI a este artículo, cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho. La norma general de Derecho internacional es la de la responsabilidad separada de un Estado por sus propios hechos ilícitos y tal disposición no reconoce una norma general de responsabilidad solidaria, ni excluye la posibilidad de que dos o más Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito. Ello dependerá de las circunstancias y de las obligaciones internacionales de cada uno de esos Estados¹³⁹. Ante el cambio climático, como se estableciera ya en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (arts.3.1 y 4.1), todos los Estados tienen responsabilidad en abordar los desafíos del cambio climático, pero no todos los países tienen las mismas obligaciones ni responsabilidades respecto de esos desafíos. La responsabilidad es común pero diferenciada.

En atención a esta normativa, el Tribunal Supremo neerlandés confirmó que la obligación del Estado de proteger los derechos humanos debe interpretarse a la luz de una «responsabilidad conjunta» que se traduce en una «responsabilidad parcial» de los Países Bajos de «hacer su parte» en la acción de mitigación global¹⁴⁰. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán indicaba que el hecho de que las acciones del Estado alemán no detengan por sí solas el cambio climático, éstas son parte de un esfuerzo global conjunto al que Alemania debe contribuir eficazmente. Precisamente porque el Estado depende de la cooperación internacional para cumplir efectivamente con su obligación de tomar medidas climáticas en virtud del art. 20 a) de la Ley Fundamental, debe evitar crear incentivos para que otros Estados socaven esta cooperación. Sus propias actividades deberían servir para fortalecer la confianza internacional en el hecho de que la acción climática, en particular la búsqueda de objetivos climáticos basados en tratados internacionales, puede tener éxito al tiempo que salvaguarda condiciones de vida dignas, incluso en términos de libertades fundamentales. En la práctica, resolver el problema climático global depende en gran medida de la existencia de la confianza mutua en que otros también se esforzarán por lograr tales objetivos¹⁴¹.

Precisamente la cooperación internacional que exigen los tratados tanto medioambientales como de derechos humanos genera responsabilidad individual. La cooperación internacional se con-

138 *Ibid.* p.428.

139 Cfr. A/56/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), p.134.

140 Cfr. pars.5.7.1-5.8 de la Sentencia. WEWERINKE-SINGH, M., se basa en el concepto de responsabilidad conjunta y solidaria para invocar la obligación de un Estado de contribuir a la mitigación del cambio climático, en *State Responsibility, Climate Change and Human Rights under International Law*, Oxford, 2019, pp. 93-96.

141 Cfr. pars.201-202 de la Sentencia.

figura como una estrategia eficaz y, por lo tanto, una «medida apropiada» para que un Estado proteja los derechos humanos de las personas dentro de su territorio o bajo su jurisdicción. Al involucrarse en la cooperación internacional o al menos «tratando de influir en la comunidad internacional», un Estado puede contribuir a la realización de resultados de mitigación global que, con el tiempo, podrían generar algún beneficio real para el disfrute de los derechos humanos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción¹⁴². El TEDH ha asegurado que el carácter colectivo de determinados derechos puede, en algunas circunstancias específicas, implicar un deber para los Estados contratantes de actuar conjuntamente y cooperar para proteger los derechos y libertades que se han comprometido asegurar dentro de su jurisdicción¹⁴³.

Por otra parte, las obligaciones para prevenir daños en el contexto del cambio climático son obligaciones compartidas que obligan a los Estado individualmente a hacer «su parte» en el esfuerzo colectivo convencionalmente previsto. El Comité de los Derechos del Niño, en el asunto *Sacchi y otros*, concluyó que, de acuerdo con el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas reflejado en el Acuerdo de París, «el carácter colectivo de la causa del cambio climático no exime al Estado parte de la responsabilidad individual que para él se derive del daño que las emisiones originadas en su territorio puedan causar a los niños, independientemente del lugar en que estos se encuentren»¹⁴⁴. En el caso del genocidio *bosnio*, la CIJ llegó a la conclusión de que es irrelevante si el Estado demandado alega que se hubiesen requerido el esfuerzo conjunto de varios Estados para haber impedido el crimen del que se le acusa. Además de su difícil prueba, tal planteamiento resulta irrelevante para justificar el incumplimiento de la obligación de conducta requerida¹⁴⁵.

La ciencia del clima también puede ayudar a establecer el vínculo estimado suficiente sobre la contribución individual de un Estado a las emisiones globales de GEI y el daño concreto producido. Las obligaciones para prevenir daños en el contexto del cambio climático son obligaciones compartidas que obligan a los Estados individuales a hacer *su parte* en un esfuerzo colectivo. Las emisiones individuales pueden no haber sido *la causa*, pero ciertamente fueron *una causa* del daño sufrido, junto con las emisiones de GEI producidas por otros Estados¹⁴⁶.

V. LOS PRINCIPIOS DE PRECAUCIÓN Y DILIGENCIA DEBIDA EN LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

Una vez constatada la obligación del Estado y, en su caso, del daño infligido por la violación del derecho, se requiere establecer los principios para deducir la responsabilidad, aun cuando

142 Cfr. MAYER, B., *op.cit.* p. 432.

143 *Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía*, demanda 36925/07, Sentencia de 29 de enero de 2019, par. 232; *Romeo Castaño c. Bélgica*, demanda 8351/17, Sentencia de 9 de julio de 2019, par. 81.

144 CRC/C/88/D/104/2019, par.10.10.

145 Asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, ICJ Reports 2007, par.430.

146 NEDESKI, N. y NOLLKAEMPER A., «A guide to tackling the collective causation problem in international climate change litigation», *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 15 de diciembre de 2022.

se pueda discutir si tales principios constituyen por sí mismos reglas primarias o secundarias. Incluso se podría mantener la naturaleza dual de estos principios en la medida en que pueden ser examinados a la vez como un estándar construido sobre la norma primaria del derecho internacional y también desde la dimensión de la responsabilidad internacional por cualquier violación de dichas normas¹⁴⁷.

1. El principio o proceso de precaución en la caracterización del riesgo conforme al mejor conocimiento científico existente.

En el contexto de la gestión de riesgos, destaca el principio precautorio que, en el marco ambiental, tal y como fue declarado en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro (Conferencia de Río) en junio de 1992 en su Principio 15, implica que «los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente»¹⁴⁸. Posteriormente ha sido recogido en distintos instrumentos internacionales y lo han vinculado a la idea del desarrollo sostenible que el Informe Brundtland de 1987 conceptuó como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. En función del alcance normativo que se atribuya al mismo se suele utilizar el término principio o proceso de precaución.

147 Sobre esta cuestión y el debate doctrinal existente, véase RODRIGO, A. J., «Due diligence obligations as a tool to manage radical vulnerability from climate change», en *Understanding Vulnerability in the Context of Climate Change*, Mar Campins y R. Benhaou (Eds.), Barcelona, Atelier, 2022, pp.70-71.

148 Suelen citarse como precedentes en esta materia el Convenio para la protección de la capa de ozono, realizado en Viena el 22 de marzo de 1985, el Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono de 1987, así como las Declaraciones Ministeriales de la Segunda y la Tercera Conferencia Internacional sobre la protección del Mar del Norte, celebradas respectivamente en noviembre de 1987 y en marzo de 1990. El principio o acción de precaución se originó en Suecia, como explican ULRICH BEYERLIN y THILO MARAUHN (*International Environmental Law*, Hart Publishing, 2011), donde una ley nacional (la Ley de Protección Ambiental de 1969) introdujo el concepto de actividades ambientalmente peligrosas para las cuales se invirtió la carga de la prueba. En consecuencia, el mero riesgo de peligro para el medio ambiente era base suficiente para que las autoridades suecas tomaran medidas preventivas o incluso prohibieran la actividad en cuestión. Los siguientes convenios incluyen referencia a la acción precautoria: Convenio sobre la diversidad biológica de 1992; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992; Convención de las Naciones Unidas sobre la protección y el uso de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales; Protocolo de 1994 del Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia relativo a la reducción adicional de las emisiones de azufre; Acuerdo de 1995 para la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar del 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios; Protocolo de 1996 de Londres del Convenio de 1972 sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias; Protocolo de 2000 de Cartagena sobre Bioseguridad del Convenio sobre la Diversidad Biológica; Convenio de Estocolmo de 2001 sobre contaminantes orgánicos persistentes; Acuerdo regional de 2018 sobre el acceso a la información, la participación pública y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.

En el mismo año 1992 y con el Tratado de Maastricht, la Unión Europea incorporó el principio de precaución, bajo la terminología de cautela, en su marco legislativo exigiendo desde entonces que la política de la Unión en materia de medio ambiente tenga como objetivo un alto nivel de protección teniendo en cuenta la diversidad de situaciones en las distintas regiones de la Unión (art.191.2 TFUE)¹⁴⁹. Según la Comisión Europea, en caso de que se considere necesaria la acción, las medidas basadas en tal principio deberán ser: i) proporcionales al nivel de protección elegido; ii) no discriminatorias en su aplicación; iii) coherentes con medidas similares ya adoptadas; iv) basadas en el examen de los posibles beneficios y los costes de la acción o de la falta de acción (y pueden incluir un análisis económico coste/beneficio cuando sea conveniente y viable); sujetas a revisión, a la luz de los nuevos datos científicos, y; v) capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa¹⁵⁰. En la Sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 17 de mayo de 2018 sobre el caso *Bayer CropScience AG y otros contra Comisión Europea*¹⁵¹ se mantuvo que la evaluación de los riesgos para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente por parte de la institución que debe hacer frente a los efectos potencialmente negativos de un fenómeno consiste en valorarlos de manera científica y en determinar si sobrepasan el nivel de riesgo que se considera aceptable para la sociedad. Siguiendo la Comunicación de la Comisión sobre el principio de precaución, se indica que:

«La *caracterización del riesgo* corresponde a la estimación cualitativa o cuantitativa, teniendo en cuenta las incertidumbres inherentes, la probabilidad, la frecuencia y la gravedad de los potenciales efectos adversos que pueden incidir sobre el medio ambiente o la salud. Esta caracterización depende en gran medida de las incertidumbres, variaciones, hipótesis de trabajo y conjeturas que se hayan formulado en cada fase del proceso. Cuando los datos disponibles son inadecuados o no concluyentes, un planteamiento prudente y cauteloso de la protección del medio ambiente, la salud o la seguridad podría consistir en optar por la “hipótesis más pesimista”; la acumulación de dichas hipótesis produce una exageración del riesgo real, pero a la vez infunde cierta seguridad de que no será infravalorado»¹⁵².

Para el Tribunal de Luxemburgo resulta preciso señalar que una evaluación científica completa de los riesgos puede resultar imposible por ser insuficientes los datos científicos disponibles. No obstante, ello no debe impedir que la autoridad competente adopte medidas preventivas en aplicación del principio de cautela. En tal supuesto, es necesario que los especialistas científicos realicen una evaluación científica de los riesgos a pesar de la incer-

149 BOURGUIGNON, D. *Le Principe de Précaution, Définitions, Applications et Gouvernance*, EPRS, Service de Recherche du Parlement Européen, 2015. Puede consultarse en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/573876/EPRS_IDA\(2015\)573876_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/573876/EPRS_IDA(2015)573876_FR.pdf).

150 Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución (COM(2000) 1 final), p.3.

151 ECLI:EU:T:2018:280, decisión confirmada en casación mediante sentencia de 6 de mayo de 2021, *Bayer CropScience y Bayer/Comisión*, asunto C-499/18 P, ECLI:EU:C:2021:367. El énfasis es añadido.

152 Sentencia 2018, *Bayer CropScience AG y otros contra Comisión Europea*, asuntos T-429/13 y T-451/13, par.114. Respecto a jurisprudencia sobre el alcance de tal principio véase, entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 2017, *Queisser Pharma GmbH & Co. KG contra Bundesrepublik Deutschland*, C-282/15, par. 57 (ECLI:EU:C:2017:26) y de 6 de mayo de 2021, *Bayer CropScience AG c. Comisión*, C-499/2018, par. 80 (ECLI:EU:C:2021:367).

tidumbre científica subsistente, de modo que la autoridad o institución pública competente disponga de una información lo bastante fiable y sólida como para permitirle comprender todas las implicaciones de la cuestión científica planteada y determinar su política con conocimiento de causa. Incumbe a dichas instituciones determinar el *umbral crítico de la probabilidad de efectos adversos para los bienes jurídicos globales protegidos* y el grado de esos efectos potenciales que no les parezca ya aceptable para la sociedad y que, una vez sobrepasado, exija la adopción de medidas preventivas en interés de la protección de tales bienes pese a la incertidumbre científica subsistente. La determinación del nivel de riesgo que se considera inaceptable para la sociedad depende del modo en que la autoridad competente valore las circunstancias específicas de cada caso. A este respecto, dicha autoridad puede tener en cuenta, en particular, la gravedad de las repercusiones para el medio ambiente si dicho riesgo se materializara, incluida la magnitud de los posibles efectos adversos, la persistencia y la reversibilidad o las eventuales consecuencias a largo plazo de los daños causados, y el mayor o menor grado de concreción con que se perciba el riesgo en función de los conocimientos científicos disponibles¹⁵³.

El principio de precaución constituye uno de los ejes vertebradores de la jurisprudencia nacional citada. En el marco internacional, la CIJ, en el asunto de las *Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Pulp Mills)*, señaló que el enfoque de precaución puede ser relevante en la interpretación y aplicación del tratado en cuestión sin realizar ninguna consideración expresa sobre la aplicabilidad de este principio, más allá de indicar que no revertía la carga de la prueba¹⁵⁴. Por otra parte, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha señalado que el enfoque de precaución ha iniciado una tendencia a formar parte del derecho internacional consuetudinario¹⁵⁵. Para el Tribunal Internacional con sede en la Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo, el enfoque precautorio es parte integral de la obligación general de debida diligencia, la cual obliga al Estado de origen a tomar todas las medidas apropiadas para prevenir el daño que pueda resultar de actividades que realice. Esta obligación se aplica en situaciones donde la evidencia científica referente al alcance y potencial impacto negativo de la actividad en cuestión sea insuficiente, pero existan indicadores plausibles de los riesgos potenciales¹⁵⁶. En ningún caso se trata de decisiones basadas en suposiciones o temores que no tienen respaldo científico. El principio de precaución parte de evidencias objetivables y objetivamente previsibles, aunque no exista certeza absoluta. Esta jurisprudencia es tenida en cuenta por la CorteIDH que concluye que «los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica. Por tanto, los Estados deben actuar con la debida cautela para prevenir el daño posible»¹⁵⁷.

153 Cfr. pars. 116-124 de la Sentencia citada.

154 *ICJ, Reports, 2010*, par.164.

155 Cfr. TIDM, *Responsabilidades y Obligaciones de los Estados respecto de actividades en la Zona*. Opinión Consultiva de 1 de febrero de 2011, par. 135

156 Cfr. *ibid.*, par. 131

157 CorteIDH, Opinión consultiva OC-23 de 2017 sobre *Medio ambiente y derechos humanos*, par.180.

Se trata pues de un principio no automático, ni inmutable y siempre basado en el criterio del *mejor conocimiento científico existente o disponible*¹⁵⁸. Es evidente que, ante situaciones de incertidumbre científica, el juicio acertado sobre qué enfoque regulatorio del riesgo fue el más oportuno y correcto sólo podrá realizarse de forma retrospectiva. Los opositores a este principio han denunciado su potencial efecto sobrerregulador, limitativo o paralizante para el desarrollo humano, incluyendo el científico y el tecnológico. Sin embargo, al igual que otros principios de toma de decisiones, el principio de precaución tiene sus limitaciones cuando se trata de adjudicar entre prioridades principales que compiten entre sí donde se requerirá la concurrencia de otros factores y principios. Además, como destaca la Comunicación de la Comisión anteriormente citada, las medidas de precaución deben basarse en el estado actual de la ciencia, debiendo existir procedimientos para la actualización científica de la información de antecedentes¹⁵⁹.

2. El principio variable y expansivo de la diligencia debida: de la prevención del riesgo a la creación de normativa y políticas efectivas de control climático.

Como hemos señalado, el enfoque precautorio es parte integral de la obligación general de debida diligencia. Tal principio presenta un alcance mayor que el enfoque de precaución. Requiere del Estado la adopción de normativa, la previsión de mecanismos de control y seguimiento, así como la puesta en práctica de políticas más concretas y específicas para alcanzar el objetivo final internacionalmente previsto que el principio de precaución en sí mismo no prescribe.

El concepto de diligencia debida desde la perspectiva climática presenta dos dimensiones. Es tanto un *estándar de conducta* que obliga a los Estados cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos y los estándares ambientales, como un *proceso para evaluar, gestionar y contabilizar los riesgos para las personas y el planeta*. En el Derecho internacional de los derechos humanos, el deber de actuar con debida diligencia no sólo afecta a la plenitud de los derechos civiles y políticos, sino que ha sido abordado singularmente en relación con los derechos económicos, sociales y culturales respecto de los cuales los Estados se comprometen a adoptar «todas las medidas apropiadas» tendentes a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos correspondientes¹⁶⁰. El concepto general de debida diligencia está particularmente asociado a la posible responsabilidad de un Estado frente a obligaciones de

158 El art.7.5 del Acuerdo de París sobre cambio climático se refiere a que la labor de adaptación debería basarse e inspirarse «en la mejor información científica disponible y, cuando corresponda, en los conocimientos tradicionales, los conocimientos de los pueblos indígenas y los sistemas de conocimientos locales, con miras a integrar la adaptación en las políticas y medidas socioeconómicas y ambientales pertinentes, cuando sea el caso»

159 Acerca de esta cuestión, véanse: HANSSON, S.O, «How extreme is the precautionary principle?» 14 *Nanoética* 2020-4, pp. 245-257. <https://doi.org/10.1007/s11569-020-00373-5>; PEEL, J., «Precaution –a matter of principle, approach or process?», *Melbourne Journal of International Law*, 5, 2004-2, pp. 483-501. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=662741>

160 Cfr. Comité DESC, Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Doc. ONU E/1991/23, 1990, pars. 2 y 3; Comité DESC, Observación General

conducta o comportamiento, en contraste con las obligaciones de resultado que requieren el logro de un objetivo específico. Como ha señalado la CorteIDH en su Opinión consultiva OC-23/17 sobre *Medio ambiente y derechos humanos*, «el deber de actuar con debida diligencia también corresponde, de manera general, a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción, según la cual los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos consagrados en la Convención, así como organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»¹⁶¹. La diligencia debida presenta distintos umbrales de actuación en atención al grado de desarrollo de la normativa en la que actúe, habiendo alcanzado una importante significación en el marco de protección de los derechos humanos, así como respecto al derecho internacional humanitario. Por el contrario, resulta cuestionada su aplicación en la determinación de la responsabilidad internacional en la ciberguerra o la ciberseguridad donde no existe una consolidada reglamentación internacional o se encuentra en proceso de adopción¹⁶². El derecho medioambiental se encontraría en una situación intermedia.

Para Ángel J. Rodrigo, el concepto de diligencia debida es amplio y esquivo, sus contornos están mal definidos y tiene una gran fuerza expansiva. El estándar de la diligencia debida se incorpora típicamente a una norma de conducta primaria (generalmente una obligación positiva de prevención, protección o restitución), de la que se deriva una obligación de conducta que exige la adopción de medidas apropiadas y razonables para salvaguardar los intereses o derechos de otros sujetos o individuos nacionales o internacionales contra daños causados por terceros ubicados en el propio territorio o al menos bajo su jurisdicción o control. La vaguedad de las obligaciones de debida diligencia en el área del cambio climático permite una diferenciación más refinada y contextualizada que puede ayudar en su cumplimiento en cuanto otorga a los Estados parte una mayor flexibilidad en los compromisos que asumen y les permite mantener un cierto margen de apreciación o discrecionalidad en su trabajo colectivo

No. 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, pars. 40 a 44.

161 OC-23/2017, par.123

162 Acerca de la postura de los Estados sobre este principio en el marco de la seguridad en el ciberespacio, véase el Compendio oficial de contribuciones nacionales voluntarias sobre el tema de cómo se aplica el derecho internacional al uso de tecnologías de la información y las comunicaciones por parte de los Estados presentado por los expertos gubernamentales participantes en el Grupo de Expertos Gubernamentales sobre el Avance de la Responsabilidad Comportamiento del Estado en el ciberespacio en el contexto de la política internacional Seguridad establecida de conformidad con la Asamblea General resolución 73/266 (https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/UN_-Official-compendium-of-national-contributions-on-how-international-law-applies-to-use-of-ICT-by-States_A-76-136-EN.pdf). Además, DIAS, T. y COCO, A., *Cyber Due Diligence in International Law*, Oxford, 2022 <https://www.elac.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2022/02/Final-Report-BSG-ELAC-CyberDueDiligenceInInternationalLaw.pdf>); LEMNITZE, J.M., «Back to the roots: The laws of neutrality and the future of due diligence in cyberspace», *European Journal of International Law*, 2022-3, pp.789-819, <https://doi.org/10.1093/ejil/chac053>; SUN, Y., «The future of due diligence in cyberspace», *54 New York University Journal International Law & Politics*, 2022-5, pp.753-764; SCHMITT, M. N., «In defense of due diligence in cyberspace», *22, Yale Law Journal Forum*, 2015, pp.68-81. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2622077>

en la lucha contra el cambio climático. El precio de esta vaguedad es el debilitamiento de su contenido normativo y la reducción de su carga prescriptiva. Otorgan una gran capacidad de adaptación ante nuevos riesgos, incertidumbres o vulnerabilidades, así como la posibilidad de una rápida adaptación a los nuevos desarrollos tecnológicos, los acuerdos posteriores que puedan adoptarse y el fortalecimiento de la voluntad política necesaria para enfrentar el cambio climático¹⁶³.

La diligencia debida como principio general del Derecho internacional se integraría en la normativa climática para concretar su alcance conforme a la modalidad de *equidad praeter legem*¹⁶⁴. Así, por ejemplo, vendría a completar el contenido del artículo 4.3 del Acuerdo de París cuando afirma que «la contribución determinada a nivel nacional sucesiva de cada Parte representará una progresión con respecto a la contribución determinada a nivel nacional que esté vigente para esa Parte y reflejará *la mayor ambición posible de dicha Parte, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales*. Este artículo se interpretará sistemáticamente con las obligaciones de transparencia y de presentar informes ante el Comité».

Por su parte, el TIDM, en el asunto de la *Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca (SRFC)*, resumía la jurisprudencia internacional sobre este tema aportando la dimensión de responsabilidad internacional ínsita en tal principio. En primer lugar, en cuanto al significado de «obligación de debida diligencia», recordaba cómo la Sala de Controversias de los Fondos Marinos se refirió a la siguiente aclaración proporcionada por la CIJ en el caso de las *Plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*:

163 Cfr. RODRIGO HERNÁNDEZ, A.J., *op.cit.*, pp. 65-84, en particular, pp.68 y 81-82. Véase también, MEDDES MALAIHOLLO, «Due Diligence in international environmental law and international human rights law: A comparative legal study of the nationally determined contributions under the Paris Agreement and positive obligations under the European Convention on Human Rights», *Neth. Int. Law Rev.* 68, 2021, pp. 121–155, <https://doi.org/10.1007/s40802-021-00188-5>. Referido al mundo empresarial, véase también el documento de la Comisión Europea, *Making Mandatory Human Rights and Environmental Due Diligence Work for All Guidance on designing effective and inclusive accompanying support to due diligence legislation* https://international-partnerships.ec.europa.eu/system/files/2022-07/making-mandatory-human-rights-and-environmental-due-diligence-work-for-all_en.pdf

164 El texto del proyecto de conclusiones sobre los Principios generales del derecho de la Comisión de Derecho Internacional, aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en primera lectura, en su conclusión 10, sobre las funciones de los principios generales del derecho, indica que: «1. Se recurre a los principios generales del derecho principalmente cuando otras normas de derecho internacional no resuelven total o parcialmente una determinada cuestión. 2. Los principios generales del derecho contribuyen a la coherencia del sistema jurídico internacional. 3. Pueden servir, *inter alia*: a) para interpretar y complementar otras normas de derecho internacional; b) de base de derechos y obligaciones primarios, así como de base de normas secundarias y procesales», A/CN.4/L.982, Ginebra, 24 de abril a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2023. Algunos miembros de la CDI rechazaron esa tesis y afirmaron, entre otras cosas, que carecía de fundamento empírico, que no se compadecía con la función de subsanar lagunas y que podía propiciar indebidamente la invocación de principios generales del derecho abstractos para reclamar derechos no reconocidos en tratados ni en el derecho internacional consuetudinario. Se pidió que se explicaran mejor los requisitos para determinar la existencia de derechos y obligaciones sobre la base de principios generales del derecho (Asamblea General Documentos Oficiales Septuagésimo séptimo período de sesiones Suplemento núm. 10 (A/77/10), p.342).

es una obligación que implica no solo la adopción de normas y medidas apropiadas, sino también un cierto nivel de vigilancia en su aplicación y en el ejercicio del control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados, así como un seguimiento de las actividades realizadas por dichos operadores, para salvaguardar los derechos de las partes implicadas. Una parte en el convenio de que se trate incurrirá en responsabilidad si se demuestra que no actuó diligentemente y por tanto que no adoptó todas las medidas apropiadas para hacer cumplir las regulaciones relevantes a los operadores públicos y privados bajo su jurisdicción.

Además, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en su Opinión Consultiva de 2011 señaló que el contenido de las obligaciones de «debida diligencia» no puede describirse fácilmente en términos precisos pues entre los factores que dificultan tal descripción está el hecho de que esta es un concepto variable. Puede cambiar con el tiempo, ya que las medidas consideradas suficientemente diligentes en un momento determinado pueden no ser lo suficientemente diligentes a la luz, por ejemplo, de nuevos conocimientos científicos o tecnológicos. También puede cambiar en relación con los riesgos involucrados en la actividad. No obstante, el estándar de diligencia debida tiene que ser más severo para las actividades más peligrosas. Asimismo concluyó que si bien la naturaleza de las leyes, los reglamentos y las medidas estatales que deben adoptarse se deja a la determinación de cada Estado de conformidad con su ordenamiento jurídico, el Estado que ejerce jurisdicción o control tiene, no obstante, la obligación de incluir en la normativa adoptada mecanismos de aplicación para monitorear y asegurar el cumplimiento de tales leyes y reglamentos, incluidas sanciones que resulten suficientes para disuadir las infracciones y privar a los infractores de los beneficios derivados de sus actividades¹⁶⁵.

VI. CONCLUSIONES

¿Existe un consenso general emergente en Derecho internacional acerca de un derecho humano al medio ambiente sano y sostenible exigible ante las autoridades y los tribunales nacionales e internacionales? Lo que no se puede negar es la evolución del sistema internacional en tal sentido conforme a los últimos desarrollos normativos (tanto de *hard law* como de *soft law*) y las tendencias marcadas por la jurisprudencia nacional e internacional. La litigación climática se está viendo correspondida con un activismo judicial que aporta nuevos elementos sobre la generación de una responsabilidad diacrónica en la garantía no sólo de los derechos presentes y futuros, sino también respecto a las opciones de libertad e igualdad de las generaciones futuras (equidad intergeneracional). La ciencia y el derecho están confluyendo en la necesidad de adoptar medidas de mitigación y adaptación ante las consecuencias catastróficas de negar o no actuar ante el cambio climático. Tal realidad compele a la interpretación evolutiva de la normativa internacional afectada, tanto medioambiental como de derechos humanos, incluso plantearnos sobre la titularidad compartida y diferenciada de los derechos y libertades declarados. Prueba documentada, el mejor conocimiento científico existente (certeza científica), amenazas de riesgos razonablemente previsibles, acción u omisión del Estado, reconocimien-

165 Opinión Consultiva de 2 de abril de 2015, *ITLOS Reports 2015*, p. 58, pars.131-138.

to estatal de la peligrosidad y causalidad directa sobre la lesión grave de los derechos de las víctimas estructuran el fundamento de la responsabilidad medioambiental del Estado. Los principios de precaución y, en particular, de diligencia debida no sólo integran las normas primarias de protección, sino que resultan determinantes para deducir las singulares responsabilidades de los Estados ante el cambio climático como fenómeno global. Como recordara el Juez Weeramantry, la Tierra debe ser respetada por tener vitalidad propia y estar integralmente vinculada al bienestar de la comunidad. Los recursos naturales no son de propiedad individual, sino colectiva, y su uso debe guiarse por el principio del interés mayoritario de la humanidad. Este enfoque adquiere una importancia cada vez mayor en un momento en que tal armonía entre la humanidad y su herencia planetaria es un requisito previo para la supervivencia humana.

DERECHO DE OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA EN LA LEY 20/2022 DE MEMORIA DEMOCRÁTICA Y SU INCIDENCIA EN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

RIGHT OF OPTION TO SPANISH NATIONALITY IN LAW 20/2022 OF DEMOCRATIC MEMORY AND ITS IMPACT ON THE FREE MOVEMENT OF PERSONS

MERCEDES SOTO MOYA *

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. SUPUESTOS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN PREVISTOS EN LA LEY 20/2022. III. INCIDENCIA DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA EN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente estudio analiza los nuevos supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción previstos en la Ley 20/2022 de Memoria Democrática, así como la incidencia que esta regulación puede tener en la libre circulación de personas. En un breve período de tiempo, un elevado número de personas adquirirán la nacionalidad española y, por ende, la ciudadanía UE. Surgen indefectiblemente una serie de cuestiones que serán abordadas en este trabajo como: a) si el Estado español puede legislar libremente en materia de nacionalidad o si la UE tiene alguna competencia en este sentido; b) qué consecuencias tendrá para la aplicación de las normas UE la plurinacionalidad reconocida unilateralmente por España y, por último, c) los derechos de libre circulación de los familiares de terceros Estados de los españoles que hayan adquirido la nacionalidad a través de la Ley 20/2022.

ABSTRACT: *This paper analyzes the new cases of acquisition of Spanish nationality by option provided for in the Law 20/2022 of Democratic Memory, as well as the impact that this regulation may have on the free movement of persons. In a short period of time, a large number of people will acquire Spanish nationality and, therefore, EU citizenship. A series of issues inevitably arise that will be addressed in this paper as: a) if the Spanish State can freely legislate in matters of nationality or if the EU has any competence in this regard; b) what consequences will the plurinationality recognized unilaterally by Spain have for the application of EU standards and, finally, c) the rights of free movement of relatives from third States of Spaniards who have acquired nationality through Law 20/2022.*

PALABRAS CLAVE: Ley 20/2022 de Memoria Democrática, opción a la nacionalidad española, libre circulación de personas.

KEYWORDS: *Law 20/2022 of Democratic Memory, acquisition of Spanish nationality by option, free movement of persons.*

Fecha de recepción del trabajo: 21 de julio de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 3 de octubre de 2023.

* Profesora titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Granada. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+i “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)”, código PID2019-106496RB-I00, en el marco de los Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i. IP: D. Andrés Rodríguez Benot.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 20/2022 de Memoria Democrática, que entró en vigor el 21 de octubre de 2022, articula, en su Disposición Adicional 8ª, tres supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción que se suman a los ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico¹. Se trata (así lo indica la Exposición de Motivos), de una medida reparadora para los descendientes de españoles que sufrieron el exilio, por razones políticas, ideológicas o de creencia, y de la discriminación sufrida por las mujeres españolas casadas con extranjeros, por aplicación de la legislación española en materia de nacionalidad anterior a la Constitución Española de 1978. También se incluye a los hijos mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción, de acuerdo a lo dispuesto en la propia Ley 20/2022 o en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007.

Las previsiones de cuántos descendientes de españoles adquirirán la nacionalidad por esta vía en los dos años de plazo (prorrogables otro año por acuerdo del Consejo de Ministros) que regula la norma, son variables e imprecisas². Fuentes del Ministerio de Presidencia, que lideró la elaboración de la norma, calcula que serán hasta 350.000. Otras fuentes familiarizadas con estos procesos, rebajan la cifra a las 100.000³. Pero lo que está fuera de toda duda es que el número será elevado si se tiene en cuenta que solo en 3 meses (a fecha de 31 de enero de 2023) se presentaron 24.729 solicitudes de opción a la nacionalidad española en el conjunto de la red consular española. De ese total, la mitad —12.862— se han aprobado y se han realizado 6.653 inscripciones en los registros civiles. La gran mayoría de las solicitudes provienen de Argentina, Cuba y México, respectivamente⁴. Aunque no ha habido más comunicaciones oficiales, tras consulta realizada al Ministerio de Asuntos Exteriores hemos conseguido saber que, hasta el 31 de mayo de 2023, se han recibido en las Oficinas Consulares 81.169 solicitudes de adquisición de nacionalidad española al amparo de la Disposición adicional octava de la citada Ley, de las cuales se han aprobado 42.801⁵. En el Consulado General de la Habana, por ejemplo, se han presentado 14.663, de las cuales se han aprobado 10.463. En el de Buenos Aires han sido 12.827 presentadas y 3.095 concedidas. En el de México 10.730 de las cuales se han concedido 4.238.

Algunas de estas personas no abandonarán sus países de origen a pesar de haber adquirido la nacionalidad española, pero otras sí, ya que, precisamente, el proyecto migratorio de muchos de los descendientes de españoles que optarán a la nacionalidad por esta vía, está detrás de la adquisición de la nacionalidad como cauce para la entrada en España sin los rigores y limitaciones propios de

1 Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, Ministerio de Justicia, BOE núm. 257, de 26 de octubre de 2022.

2 La ley prevé en los supuestos contemplados en la Disposición adicional 8ª un plazo de dos años para realizar la solicitud, contados desde la entrada en vigor de la ley. No obstante, dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo del Consejo de Ministros.

3 Fuente: EL PAÍS de 26/02/2023. Disponible en: https://elpais.com/espana/2023-02-26/decenas-de-miles-de-descendientes-de-espanoles-piden-la-nacionalidad-por-la-ley-de-nietos.html?rel=buscador_noticias.

4 Balance de la Actividad Consular 2022, 11/04/2023. https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/NotasPrensa/Documents/2023_03_DOCUMENTO%20BALANCE%20ACTIVIDAD%20CONSULAR.pdf

5 Datos obtenidos a través del Portal de Transparencia por Resolución de 8 de agosto de 2023. También se permite el acceso a la información detallada de cada Consulado. No se han podido obtener aún, datos oficiales sobre las solicitudes presentadas dentro de territorio español.

la legislación de extranjería. A esto se le añade la facilidad que supone el que no sea necesaria la entrada en España para realizar ningún trámite. Tanto la solicitud, como la declaración y la posterior inscripción, pueden efectuarse desde el propio país de residencia. Por este motivo, proyecto migratorio y Derecho de la nacionalidad son conceptos íntimamente relacionados en este caso.

Sea como fuere, lo cierto es que un elevado número de personas pasarán a ser, en un breve espacio de tiempo, no solo nacionales españoles sino, también, ciudadanos de la UE. Las consecuencias de esta regulación, por tanto, exceden, con mucho, el ámbito nacional, porque, aunque los Estados miembros UE tienen competencia exclusiva para legislar en materia de Derecho de nacionalidad, esta legislación puede afectar a la libre circulación de personas. La adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro, comporta también la adquisición de la ciudadanía UE. De ahí que resulte imprescindible analizar en este trabajo qué consecuencias tiene la regulación española en la libre circulación de personas y si el TJUE o la Comisión y el Parlamento Europeos se verán obligados a intervenir como lo han tenido que hacer en otras ocasiones.

Para ello, partiremos del estudio de los diferentes supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción previstos por la Ley 20/2022 de Memoria Democrática. En segundo lugar, se analizará la incidencia que esta regulación puede tener en la libre circulación de personas centrándonos en: a) si el Estado español puede legislar libremente en materia de nacionalidad o si la UE tiene alguna competencia en este sentido; b) qué implicaciones tiene la implementación de la legislación española para la libre circulación de personas, tanto de los titulares originarios (los que adquieran la nacionalidad española) como de sus familiares nacionales de terceros Estados que pasan a ser titulares derivados del derecho de libre circulación; c) sin olvidar que el derecho de opción regulado en la Ley 20/2022 no requiere renuncia a la nacionalidad anterior, por lo que muchas de las personas que utilicen esta vía pasarán directamente a ser plurinacionales, con todas las consecuencias para la aplicación de las normas de DIPr UE que esto conlleva.

II. SUPUESTOS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN PREVISTOS POR LA LEY 20/2022

Como acabamos de indicar, la Ley 20/2022, en su Disposición adicional 8^a, ha previsto tres supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción, que han sido desarrollados por la Instrucción de 25 de octubre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP)⁶. Son los siguientes: a) los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española; b) hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978; c) los hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del dere-

6 Instrucción de 25 de octubre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la Disposición adicional 8^a de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática. BOE núm. 257, de 26 de octubre de 2022.

cho de opción de acuerdo a lo dispuesto en Ley 20/2022 o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007.

Habría que añadir un cuarto supuesto relacionado con este último que no consta en la enumeración establecida por la DA 8ª Ley 20/2022, pero sí en la Instrucción DGSJFP de 25 de octubre de 2022, que, incluso, ha habilitado un anexo específico (Anexo IV) para que puedan formalizar su declaración de opción. Se trata de *“las personas que, siendo hijos de padre o madre originariamente español y nacido en España, hubiesen optado a la nacionalidad española no de origen en virtud del artículo 20.1.b) del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre y los hijos menores de edad, de quienes adquirieron la nacionalidad española, por aplicación de la Ley 52/2007, que optaron, a su vez, a la nacionalidad española no de origen, en virtud del ejercicio del derecho de opción, previsto en el artículo 20.1.a) del Código Civil, por estar bajo la patria potestad de un español”*. Esta posibilidad que brinda la Instrucción DGSJFP de 25 de octubre de 2022, es consecuencia de la decisión de dispensar un tratamiento jurídico más beneficioso al atribuir la cualidad de español de origen a quienes adquieran la nacionalidad por opción a través de la Ley 20/2022.

Como rasgos comunes a estos supuestos de opción previstos por la Ley 20/2022 podemos destacar:

- La finalidad de todos ellos es que la adquisición de la nacionalidad resulte una medida de reparación moral y de recuperación de la memoria personal y familiar para los descendientes de aquellas personas que perdieron la nacionalidad por las causas establecidas en la legislación.
- La opción, como modo de adquisición de la nacionalidad española (no de atribución *ex lege*) requiere el cumplimiento de unos determinados requisitos y la voluntad expresa de la persona interesada. En todos los casos la solicitud-declaración de opción habrá de formularse ante el Encargado del Registro Civil del domicilio del optante (Oficina General o Consular) que procederá a su calificación y, en su caso, a practicar la correspondiente inscripción. Si el optante ha nacido en el territorio correspondiente a la demarcación de otra Oficina del Registro Civil, se remitirá la solicitud y la documentación presentada a la Oficina del Registro Civil correspondiente al nacimiento⁷.
- En todos los supuestos indicados, será necesario que los interesados formalicen la declaración de opción en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Disposición adicional 8ª de la Ley de Memoria Democrática (21 de octubre de 2024),

⁷ Ante las dudas las dudas que se plantearon por diferentes registros acerca de la competencia para la tramitación, calificación e inscripción de la opción, se publicó la Circular de 13 de enero de 2023 de la Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre las reglas de competencia para el ejercicio de la opción. En ella se aclara que si el registro del domicilio y el del nacimiento no coinciden, el encargado ante el que se formule la declaración de opción levantará acta por duplicado con las circunstancias de la inscripción y las de la identidad del optante y remitirá la documentación completa al registro competente para resolver e inscribir (arts. 229 y 348 RRC). Ello no impide que el encargado del registro del domicilio efectúe una calificación provisional que incorporará a la documentación que remita al competente.

sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de dicho plazo, por un año más, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros.

- En ninguna de las modalidades se exige renuncia a la nacionalidad anterior, igual que sucede con los naturales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal⁸, Francia⁹, los sefardíes originarios de España¹⁰ y los menores extranjeros adoptados por españoles (art. 19.3CC)¹¹. Ninguno de ellos está obligado a renunciar a su anterior nacionalidad. Se trata de una plurinacionalidad legal o “doble nacionalidad reconocida unilateralmente por España”¹².
- Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, en todos los casos, la opción regulada en la Ley 20/2022 confiere la cualidad de español de origen, si bien adquirida de forma sobrevenida, es decir, con efectos desde su adquisición, sin carácter retroactivo¹³. Esto supone dispensar un tratamiento jurídico mucho más beneficioso a las personas que se acojan a estos supuestos que a los previstos en el artículo 20 CC, que configura el derecho a optar a la nacionalidad española como un modo de adquisición derivativo¹⁴. Se trata de una diferencia esencial sobre todo en relación a la pérdida y recuperación de la nacionalidad española¹⁵, aunque el distinto trato entre los españoles originarios y no originarios se recoge expresamente también en otros ámbitos, como el de la normativa de extranjería¹⁶.

8 Enumeración contenida en el art. 24.1 CC.

9 Desde la entrada en vigor del Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, el 1 de abril de 2022. Puede consultarse la Instrucción de 31 de marzo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerdan los criterios para la aplicación del Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa. (BOE núm. 82, de 06/04/2022).

10 Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España, (BOE núm. 151, de 25/06/2015).

11 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 180, de 29/07/2015).

12 En palabras de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “La doble nacionalidad”, *Nociones básicas del Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Ed. GPS, Madrid, 2015, p.292. Los supuestos de doble nacionalidad reconocida unilateralmente por España serían los previstos en los artículos 19.3, 24.1.2, 23 b) y 26.1 CC, a los que habría que añadir los regulados por la Ley 20/2022 de Memoria Democrática.

13 Para un análisis del término “nacionalidad española de origen adquirida de forma sobrevenida”, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias AN de 19 de julio de 2022 (AAN 6725/2022), y de 26 de abril de 2023 (SAN 2065/2023).

14 También se atribuyó la cualidad de español de origen a quienes adquirieron la nacionalidad española en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007.

15 El artículo 11. 2 de la Constitución española establece que: “ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”. Esto supone una protección, reservándose la pérdida por sanción a los españoles que no lo sean de origen (art. 25 CC). Por tanto, la única forma de perder la nacionalidad de origen es por la propia voluntad del interesado, tanto por acción como por omisión. Esto es mediante un acto de renuncia expresa, por adquisición de otra nacionalidad o por utilización exclusiva de otra nacionalidad que tuviera atribuida antes de su emancipación. Incluso dándose esas condiciones, no pierde la nacionalidad española quien al adquirir otra nacionalidad declare antes del transcurso de 3 años desde la mayoría de edad o emancipación, su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil o Cónsul de donde resida.

16 Puede consultarse en este sentido ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Derecho de nacionalidad en España”, *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 407-444, p. 428.

1. Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española

Tras una primera lectura del supuesto de hecho previsto por la norma, pareciera que se dirige únicamente a los hijos e hijas, nietos y nietas de exiliados que nacieron después de que sus padres/madres y/o abuelos/abuelas perdieran la nacionalidad española. No obstante, la Instrucción DGSJFP de 25 de octubre de 2022, realiza una interpretación que entiende es más acorde con la verdadera voluntad del legislador y el espíritu de la ley, integrando en el análisis la anterior Ley 52/2007 de Memoria Histórica, que recogía en su Disposición Adicional séptima dos supuestos casi idénticos a los que la Ley 20/2022 ha refundido en uno solo¹⁷. El principal argumento de la Instrucción DGSJFP, es que la Ley de Memoria Democrática tenía por objeto ampliar los supuestos de opción frente a los que se contemplaban en la Ley 52/2007, y que, por tanto, el legislador no ha querido excluir del ámbito de aplicación de esta norma a los que se encontraban en la situación descrita en el punto primero de la Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007, sino que ha refundido en un solo párrafo los dos supuestos de dicha Disposición de la Ley 52/2007. De modo que se pueden diferenciar: a) los nacidos fuera de España de padres o abuelos originariamente españoles; b) los nacidos fuera de España de padres o abuelos que por el exilio perdieron la nacionalidad española o renunciaron a ella¹⁸.

El primero de ellos viene a suplir las carencias del supuesto previsto en el art. 20.1 b) CC, que exige que el padre o la madre del optante sea español/a de origen y nacido/a en España, cumulativamente. Así, durante el periodo en el que esté abierta la ventana de oportunidad de la Ley 20/2022 (2 años prorrogables a tres), resultará mucho más beneficioso acogerse a este supuesto que al previsto por el 20.1 b) CC, ya que aquél, no solo exige un requisito menos,

Entre los ejemplos que cita la autora, podemos destacar el art. 124.3.b) Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, —incorpora entre los supuestos de concesión de una autorización de residencia por razones de arraigo: “b) *Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles*”; el art. 148 párrafo 3º d) dispone que “*La autorización de residencia de larga duración también se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos: d) Que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española*”.

17 La Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007 preveía dos supuestos de opción a la nacionalidad española: a) “las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen; b) este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio”.

18 No obstante, y a pesar de los argumentos esgrimidos en la Instrucción DGSJFP, hay algunos Consulados que están denegando las solicitudes porque no consideran que el supuesto incluya a los descendientes de españoles originarios si no son exiliados, o porque entienden erróneamente que solo se es español originario si se ha nacido en España. Así lo ha puesto de relieve el Centro de Descendientes de Españoles Unidos (CEDEU). Una situación que aseguran se está “replicando de manera simétrica en consulados como los de Róterdam (Países Bajos), Monterrey (México), Mendoza (Argentina), Río de Janeiro y San Salvador de Bahía (Brasil) y San José de Costa Rica, entre otros”, <https://www.laregioninternacional.com/articulo/cg-ccc/ce-deu-distribuye-carta-abierta-ministro-exteriores-graves-irregularidades/20230523113621279823.html> (última consulta 20/07/2023).

sino, y lo que es mucho más importante, confiere la cualidad de español de origen (aunque sea de manera sobrevenida), a diferencia de este último.

Además, probar la condición de exiliado en ocasiones puede resultar harto complicado, por lo que, si el solicitante no puede probar tal condición, siempre puede acogerse a la opción de ser hijo o nieto de personas originariamente españolas¹⁹. En este último caso la prueba será únicamente la certificación literal de nacimiento del padre, madre, abuelo o abuela del solicitante, que originariamente hubieran sido españoles.

La prueba de la condición de exiliado varía dependiendo de la fecha de salida de España. Se presumirá tal condición respecto de todos los españoles que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1955. En estos supuestos, deberá acreditarse la salida del territorio español mediante alguno de los siguientes documentos: a) pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida; b) certificación del registro de matrícula de la Oficina Consular española; c) certificaciones del Registro Civil Consular que acrediten la residencia en el país de acogida, tales como inscripción de matrimonio, inscripciones de nacimiento de hijos, inscripciones de defunción, entre otras; d) documentación de la época del país de acogida en el que conste el año de la llegada a dicho país o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.

En cambio, si la salida de España se produjo entre el 1 de enero de 1956 y el 28 de diciembre 1978 habrá que probar, además de la salida del territorio español, la condición de exiliado mediante alguno de los siguientes documentos: a) haber sido beneficiario de pensión otorgada por la Administración española a los exiliados; b) haber padecido situaciones de represión o persecución política: certificaciones o informes expedidos por entidades o instituciones públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida relacionados con el exilio. Bien por haber padecido exilio sus integrantes, o por haber destacado en la defensa y protección de los exiliados españoles, o por trabajar actualmente en la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar de las víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura.

Por tanto, considero que siempre que el padre o madre, abuelo o abuela, hubiesen sido originariamente españoles, independientemente de su condición de exiliados, es mucho más sencillo solicitar la opción amparándose en este supuesto.

2. Hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978

El objetivo de este apartado, según la propia Instrucción DGSJFP, es el de “*reparar la discriminación sufrida por las mujeres españolas casadas con extranjeros que, por aplicación*

¹⁹ Pueden consultarse las diferentes páginas de los Consulados de España. Por ejemplo la de México: <https://www.exteriores.gob.es/Consulados/mexico/es/Comunicacion/Noticias/Paginas/Articulos/LeydeMemoria-Democratica.aspx> (última consulta 20/07/2023).

de la legislación española en materia de nacionalidad anterior a la Constitución Española de 1978, no podían transmitir dicha nacionalidad a sus hijos” Pero este loable objetivo solo se cumple parcialmente, al soslayar el legislador una de las principales causas de discriminación. Y es que es necesario diferenciar dos vertientes: a) una era la pérdida automática de la nacionalidad española para la mujer que se casase con extranjero; b) la otra era en relación con la transmisión de la nacionalidad por parte de la madre española a sus hijos. No sabemos si por olvido, falta de técnica legislativa, ignorancia, o conscientemente, la única que se intenta reparar por la Ley de Memoria Democrática es la primera de ellas, como analizaremos en las próximas páginas.

A) PÉRDIDA AUTOMÁTICA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA PARA LA MUJER QUE SE CASASE CON EXTRANJERO

El punto de partida para acotar los supuestos que pueden subsumirse en este apartado, ha de ser el análisis de las diferentes reformas operadas en el Código Civil (CC) hasta nuestros días, partiendo de su redacción originaria de 24 de julio de 1889²⁰. Ello no responde solo a una necesidad de conocer el íter legislativo e histórico de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad española de la mujer, que también, sino a una necesidad eminentemente práctica. Es esencial tener en cuenta los criterios de aplicación temporal del derecho de la nacionalidad, ya que las personas que actualmente pueden adquirir la nacionalidad española acogiéndose a este supuesto de opción previsto por la Ley 20/2022, han podido tener progenitoras nacidas antes de 1954, fecha en la que se reformó por primera vez el CC en este ámbito, y, por tanto, sea necesario acudir a la redacción originaria para saber si pudieron perder la nacionalidad al contraer matrimonio con extranjero y, si pudieron transmitir o no la nacionalidad española a sus hijos. Esta es una materia en la que hay que mirar constantemente al pasado, y aunque en ocasiones el *background* histórico se suele pasar por alto, es imposible en materia de nacionalidad. Es imprescindible reconstruir la historia familiar y analizar las legislaciones vigentes en cada momento, y no solo las normas españolas, sino también las extranjeras, como estudiaremos. Todo esto complica sobremanera la resolución de los asuntos e imposibilita el poder dar una respuesta rápida, sencilla y apriorística al caso concreto.

Debido a todos estos factores, para analizar las causas de pérdida de la nacionalidad de la mujer española hay que partir indubitablemente del análisis del art. 22 CC en su redacción originaria de 1889 que establecía: “*la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido*”. Es decir, el CC acogía el criterio tradicional de la mayoría de los sistemas de su entorno, el denominado “principio de unidad nacional familiar”, según el cual, que todos los miembros de la familia tuviesen idéntica nacionalidad, era beneficioso para que los diversos aspectos del derecho familiar se hallasen al amparo de una misma legislación. Esto determinó toda una serie de consecuencias perjudiciales para la mujer española casada, que perdía la nacionalidad en cuanto contraía matrimonio con extranjero, mediante la presunción de que

20 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889.

adquiriría la del esposo²¹. El problema fundamental era que, por virtud de esta disposición, pasaba a ser irremediabilmente apátrida la mujer española cuando casaba con un extranjero si el ordenamiento de éste no le otorgaba la nacionalidad del marido. Y, por supuesto, resultaba también apátrida la española casada con apátrida. Por ello, correspondió a la Dirección General de los Registros y del Notariado, corregir e interpretar el art. 22 CC, en el sentido de seguir considerando española a la mujer que habiendo casado con extranjero no adquiría la nacionalidad de su esposo. Así, en el caso de una española casada con apátrida, la Dirección General entendió que ésta seguía siendo española a fin de evitar que se convirtiera también en apátrida (Res. de 13 de agosto de 1931). El mismo criterio de interpretación atenuada manifestó la Res. de 3 de julio de 1942 en un caso de matrimonio de española con un súbdito marroquí. Al no adquirir la nacionalidad de éste, declaró que la esposa seguía con su nacionalidad española. Análoga doctrina sentó la Res. de 26 de enero de 1948 (española casada con un chileno) y la Res. de 15 de noviembre de 1948 en un supuesto en el que un español adquirió la ciudadanía belga; al no transmitirse ésta a la esposa, se declaró que la misma mantenía la española. Por el contrario, el Tribunal Supremo aplicó con toda rigidez el art. 22 en su Sentencia de 1 de julio de 1955 en relación con un supuesto al que era aplicable el régimen anterior a la reforma de 1954. La Sentencia declaró que la demandante había perdido, conforme a lo establecido en el Código civil, su nacionalidad española desde el momento que contrajo matrimonio con un súbdito boliviano, lo que teniendo en cuenta el art. 40 de la Constitución boliviana, que no atribuye la nacionalidad a extranjera casada con boliviano, determinó su apatridia. Más matizados fueron los criterios interpretativos aplicados por las Res. de 3 de julio de 1942 y 26 de enero de 1948. En ambos casos se trataba también de españolas que, casadas con extranjeros (marroquí y francés, respectivamente), no adquirieron la nacionalidad de sus cónyuges. La Dirección General de los Registros entendió que en estos supuestos era posible la recuperación de la nacionalidad española por las mismas, lo que significa, evidentemente, que al casarse la habían perdido. Por su parte, la Res. de 29 de marzo de 1949 sentó una doctrina ambivalente al aceptar la doble posibilidad de la conservación y de la recuperación. Por lo demás, no se admitió excepción alguna a la adquisición de la nacionalidad española por la extranjera casada con súbdito español (Res. de 6 de junio de 1946)²².

Por todas las razones expuestas y, con el fin de evitar el rigorismo absoluto que consagraba el antiguo art. 22 CC, se operó la reforma de la Ley de 15 de julio de 1954, pasando a establecer el art. 23-3 CC: “*perderá la nacionalidad española... la española que contraiga matrimonio con extranjero, si adquiere la nacionalidad del marido*”²³. Es evidente el avance experimentado con este precepto, en el que, efectivamente, se combinan el principio de la unidad nacional de la familia con el de la autonomía de la voluntad de la mujer, naturalmente en el supuesto de

21 Este régimen quedó alterado temporalmente durante la vigencia de la Constitución española de 1931, rectificando la norma del Código Civil, pero, como advierte Peré Raluy, no se dictaron las normas de aplicación que, evidentemente, exigía la concreción del texto constitucional (PERÉ RALUY, J, *Derecho de nacionalidad*, Bosch, Barcelona, 1955, p.86).

22 Todas las RDGRN referenciadas pueden encontrarse en, GONZÁLEZ GINER, M. A., “La nacionalidad de la mujer casada en el Derecho español (A propósito de la reforma proyectada)”, *Anuario Español de Derecho internacional*, vol.1, 1974, pp.291-308, pp. 298-299.

23 Ley de 15 de julio de 1954 por la que se reforma el Título Primero del Libro Primero del Código Civil, denominado “De los españoles y extranjeros”, BOE núm. 197, de 16 de julio de 1954.

que ésta pueda optar por la adquisición de la nacionalidad extranjera de su marido. A la vez, el precepto evita los riesgos de la apatridia²⁴. Contrariamente, cuenta con la enorme dificultad de tener que analizar el Derecho sustantivo de la nacionalidad del Estado del que fuere nacional el esposo, ya que la normativa española hacía una remisión material a dicho Derecho. Para determinar la pérdida de la nacionalidad española de la mujer era preciso dilucidar si la legislación nacional del marido le atribuía la nacionalidad como extranjera casada con un nacional de dicho Estado²⁵. Como puede comprobarse la mujer casada no tenía ningún poder de decisión, si se le atribuía la nacionalidad del marido perdía la española automáticamente.

A esta situación discriminatoria trató de ponerse fin con la reforma del CC de 2 de mayo de 1975²⁶. En ella se consagra el criterio de que el matrimonio no incide por sí sólo y de manera automática en la adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad española. La pérdida de la nacionalidad española, para quien contrae matrimonio con extranjero, ha de ser siempre voluntaria²⁷. Se suprime este núm. 3º del art. 23, y el art. 21 dispone “*la mujer española sólo perderá su nacionalidad por razón de matrimonio con extranjero si adquiere, voluntariamente, la nacionalidad del marido*”. Sin embargo, nada establece en relación con la transmisión de la nacionalidad a los hijos, por lo que deja vigente el art. 17 segundo CC.

24 GONZÁLEZ GINER, M. A., “La nacionalidad de la mujer casada en el Derecho español...”, *loc. cit.*, p. 300.

25 Es interesante el supuesto contemplado en la Consulta de 2 de diciembre de 2004 a la DGRN. Se trataba del matrimonio entre un norteamericano y una española en 1961 y se planteaba la cuestión sobre la eventual pérdida de la nacionalidad española de la mujer. Leemos en la respuesta de la DGRN: «En consecuencia, la cuestión hace tránsito a la de determinar si con arreglo a la legislación norteamericana sobre nacionalidad vigente a la fecha del matrimonio de la interesada, en este caso 1961, la mujer extranjera casada con norteamericano, de forma automática o mediante el cumplimiento de determinados requisitos cuyo cumplimiento se acreditase en cada caso concreto, adquiriría o no esta última nacionalidad. Obsérvese que la consulta a las autoridades competentes norteamericanas no se ha de ceñir, en consecuencia, al derecho vigente en la actualidad sobre la materia cuestionada, sino al que lo fuere a la indicada fecha de la celebración del matrimonio» (Anuario DGRN, Parte I-Estado civil, 2004, p. 2378). VIÑAS FARRÉ, R., “Evolución del derecho de nacionalidad en España: continuidad y cambios más importantes”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Nº. 1, 2009, pp. 275-313, p.289.

26 Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975.

27 En el preámbulo de la Ley de 1975 por la que se reforma se dispone: la regla de una rigurosa unidad de la familia pudo tener un fundamento social en los momentos históricos en que las comunidades nacionales eran compartimentos muy replegados sobre sí y poco comunicadas. Por ello se consideraba necesario que la familia, como cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado, fuera exponente también de la rígida unidad nacional. En nuestro tiempo, sin embargo, la multiplicación de las relaciones internacionales, tanto a escala de los Estados como de las personas, y el decidido tránsito hacia comunidades más amplias que las nacionales, hacen que aquellas premisas se hayan alterado, de manera tal que no se ve ya razón suficiente para que una misma familia no pueda estar compuesta por personas de diferentes nacionalidades, al paso que la coherencia de la familia se manifiesta más en el orden afectivo, interno y sustancial que en el externo y formal. A ello se añade el hecho de que la regulación actual ha conducido, en la práctica, a soluciones que parecen contrarias a un natural sentido de la justicia. No es infrecuente el caso de mujeres españolas que, por haber contraído matrimonio con extranjeros, aun sin haber abandonado nunca el suelo español, son consideradas dentro de él como extranjeras, por el simple hecho de que la ley nacional del marido les otorgaba la nacionalidad de éste, con la grave consecuencia de perder cargos, empleos o puesto de trabajo que desempeñaban en el país donde nacieron y continuaban viviendo.

La reforma “definitiva” y global del CC en materia de nacionalidad, tras la promulgación de la CE, se llevó a cabo por la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26²⁸. No obstante, hay que tener en cuenta la retroactividad del valor de la Constitución. En aquellos aspectos que pudiesen contravenir lo estipulado por la carta magna, el CC en su redacción de 1954, quedó derogado por la eficacia inmediata de ésta, antes de su reforma de 1982. Esto puede afectar tanto a la pérdida de la nacionalidad española de la mujer casada con extranjero, como al hecho de que los hijos de española, nacidos después de esa entrada en vigor, son españoles “*iure sanguinis*”, recibiendo el mismo trato que los hijos de padre español. La igualdad de los hijos ante la Ley, cualquiera que sea la nacionalidad de su progenitor, se impone por aplicación del artículo 39 de la Constitución. (RDGRN 13 de octubre de 2001), cuestión que estudiaremos en el siguiente epígrafe.

Por lo tanto, la mujer española casada con extranjero antes de 1975 (no 1978 como establece la Ley 20/2022), perdía la nacionalidad española de manera automática e involuntaria. Como se ha analizado entre 1889 y 1954 siempre (con las excepciones estudiadas de la DGRN) y a partir de 1954 solo si adquiría la del marido. La consecuencia más directa era que si tenían un hijo después de haber perdido la nacionalidad española, ese hijo ya no podría ser español *ius sanguinis*. Este es el supuesto regulado por la Ley de memoria Democrática y la discriminación que intenta reparar.

La Instrucción DGSJFP detalla la documentación que se exige para poder optar a la nacionalidad española por este apartado en el Anexo II: certificado literal de nacimiento del hijo/hija y de la madre, certificado de matrimonio de la madre con ciudadano extranjero, el documento acreditativo de la legislación extranjera en materia de adquisición de la nacionalidad por matrimonio vigente en la fecha en que éste tuvo lugar (solo en caso de matrimonios formalizados entre el 5 de agosto de 1954 y el 28 de diciembre de 1978, ambos incluidos) y de que la madre efectivamente la adquirió.

Si tenemos en cuenta todo lo estudiado observamos que si la madre se casó con extranjero antes de 1954 no es necesario aportar ninguna prueba de la pérdida de la nacionalidad (esta se presupone). No obstante, hemos analizado algunos supuestos en los que la DGRN había intentado paliar las situaciones de apatridia de la mujer española a la que el marido no transmitía la nacionalidad, por lo que puede haber supuestos en los que la madre no perdiera la nacionalidad antes de 1954. Después de esa fecha y hasta 1975 (no 1978 como establece la Ley 20/2022) sí es necesario aportar la prueba de la legislación extranjera, ya que el CC realizaba una remisión al derecho material extranjero.

B) TRANSMISIÓN DE LA NACIONALIDAD POR PARTE DE LA MADRE ESPAÑOLA A SUS HIJOS

Como consecuencia de las diferentes regulaciones sobre pérdida de nacionalidad de la mujer española casada con extranjero, hemos podido constatar cómo, entre 1889 y 1954 la pérdida

28 Ley 51/1982, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17 al 26 de Código Civil, BOE núm. 181, de 30 de julio de 1982.

era automática (con las correcciones realizadas en algunos casos por la DGRN, como hemos analizado), y desde 1954 hasta 1975, la pérdida se producía solo si el marido transmitía su nacionalidad (por lo que es necesario realizar un estudio de la legislación extranjera aplicable en ese momento).

Esta regulación no solo tenía consecuencias en la nacionalidad de la mujer, sino, también, en la de sus hijos e hijas, cuya madre no les podía transmitir la nacionalidad española por haberla perdido al casarse con extranjero. Sin embargo, tal como se ha analizado, sobre todo a partir de 1954 era posible que la mujer española no perdiera la nacionalidad, si el marido no le transmitía la suya. Parece lógico pensar que en ese supuesto los hijos nacidos de madre española serían españoles. Pero esto solo era así de 1889-1954: “*los hijos de madre o padre españoles eran españoles aunque nacieran fuera de España*” (art. 17.2 CC redacción originaria).

Con la reforma del CC de 5 de agosto de 1954 se introdujo otro supuesto igualmente discriminatorio que continuó hasta la reforma de la Ley 51/1982 (o más precisamente desde 1978 teniendo en cuenta la retroactividad del valor de la Constitución) que no ha contemplado la Ley 20/2022²⁹. Solo “*serán españoles los hijos de madre española aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre*”. Por lo tanto, habrá que determinar si seguían o no la nacionalidad del padre estudiando una vez más la legislación extranjera de la época. La invisibilidad de la mujer en esos momentos, llegaba hasta tal punto, que no contaba en absoluto para transmitir la nacionalidad a los hijos. El criterio del *iure sanguinis* no alcanzaba a la filiación materna. Solo en el caso de que no lo hiciera el padre, contaría la nacionalidad española de la madre. Es decir, aunque la madre no hubiese perdido la nacionalidad española, no la transmitía salvo subsidiariamente. Considero que si el objetivo de la Ley 20/2022 es el de paliar la discriminación sufrida por las mujeres debería haberse incluido, sin lugar a dudas, este supuesto igualmente discriminatorio, de los hijos de madres españolas que no pudieron atribuirles su nacionalidad porque adquirieron la del padre en el momento del nacimiento.

Es cierto que podría argumentarse que se pueden dar dos soluciones alternativas para los hijos e hijas de madres que no pudieron transmitir su nacionalidad española: a) si la madre nació en España, sería factible la aplicación del art. 20.1 b) CC: “*opción a la nacionalidad para aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España*”; b) si la madre no nació en España se podría utilizar el párrafo 1º de la Disp. Adicional 8ª Ley 20/2022 “*podrán optar a la nacionalidad española los nacidos fuera de España de padre o madre abuelo o abuela que originariamente hubiesen sido españoles*”.

Sin embargo, a pesar de que podría ser una forma de paliar el “olvido” del legislador, hay que incidir en el hecho de que la opción regulada en la Disposición Adicional 8ª Ley 20/2022 presenta notables diferencias con respecto a la opción regulada en el art. 20.1 b) CC. En primer lugar, la nacionalidad adquirida por opción del 20.1 b) es derivativa, mientras que la contemplada en la Ley 20/2022 es de “origen sobrevenida”, como ya se ha analizado. Esto tiene consecuencias, sobre todo, en relación a la pérdida y recuperación de la nacionalidad española. En segundo lugar, el derecho de opción regulado en la Ley de Memoria Democrática no requiere

29 Lógicamente por imperativo del artículo 14 CE, se reforma el artículo 17 del CC que equiparaba la filiación materna a la paterna a efectos de la adquisición automática de la nacionalidad.

renuncia a la nacionalidad anterior, mientras que la del 20.1 b) CC sí. Por estos motivos, la solución existente para los hijos e hijas de madres que no nacieron en España, y que no pudieron transmitir su nacionalidad española debido a la discriminatoria regulación prevista en el CC, es desfavorable y produce una notoria desigualdad entre los hijos e hijas de madres que no perdieron la nacionalidad por casarse con extranjero pero que tampoco pudieron transmitirla a sus hijos e hijas. Adicionalmente, considero que este supuesto es de tal importancia, que no debería ser una posibilidad transitoria (2 años prorrogables a 3), sino que debería incluirse de manera definitiva y permanente como un supuesto de opción en el CC.

3. Hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en Ley 20/2022 o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007

La finalidad de este supuesto es eliminar la limitación establecida en la regulación anterior permitiendo el ejercicio del derecho de opción a la nacionalidad española a los hijos e hijas mayores de edad de aquellos a quienes les fue reconocida la opción a la nacionalidad española de origen en virtud de la Ley 52/2007 y, también, a los hijos e hijas mayores de edad de los que opten a la nacionalidad española de origen en virtud de la Ley 20/2022. Hijos y nietos en cadena se podrán beneficiar de la nacionalidad española, posibilidad totalmente vedada hasta el momento de la entrada en vigor de la DA 8ª Ley 20/2022 si los hijos eran mayores de edad.

Desde la entrada en vigor de la Ley 52/2007, fueron muy abundantes los supuestos en los que, ejercitada con éxito la opción por el hijo o hija (primer optante), el cual pasaba a ostentar la nacionalidad española de origen, se solicitaba, a su vez, por sus propios hijos o hijas ampararse en la misma disposición para acceder a la nacionalidad española (segundo optante)³⁰. Ante la multiplicidad de supuestos que llegaron a la DGRN, ésta se vio obligada a abordar el asunto en la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, distinguiendo dos hipótesis distintas en función de que los hijos del primer optante fuesen mayores o menores de edad³¹. En el caso de que el hijo/a de padre o madre originariamente español que ejercita la opción del apartado primero de la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007 tuviese hijos menores de edad, estos podían ejercitar, a su vez, la opción de la letra a) del nº 1 del artículo 20 del Código Civil. El referido artículo establece que podrán optar a la nacionalidad española las personas que “estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español”. La mayoría de los supuestos se refieren a los hijos de extranjeros que han adquirido la nacionalidad española. En todo caso, dichos extranjeros deben haber obtenido la nacionalidad española antes de que sus hijos sean considerados mayores de edad según su ley personal, pues en caso contrario no podrán ser

30 A modo de ejemplo, Resolución DGRN de 18 de marzo de 2019 (4ª), BMJ, año LXXIV, núm. 2227, febrero 2020, pp. 44-52. Resolución DGRN de 20 de marzo de 2019 (13ª), BMJ, año LXXIV, núm. 2227, febrero 2020, pp.60-67. Resolución DGSJFP de 7 de marzo de 2022 (34ª), BMJ, año LXXVI, diciembre 2022, núm. 2.258, pp. 95-100.

31 Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, BOE, núm. 285, de 26 de noviembre de 2008.

destinatarios del derecho de opción. Por supuesto que también abarca a los hijos de los emigrantes que recuperen la nacionalidad española, siempre que esta recuperación se produzca con anterioridad a la emancipación o cumplimiento de la mayoría de edad de sus hijos.

Por el contrario, la opción del artículo 20 n° 1 a) CC no estaba disponible para el caso de que los hijos del optante fuesen mayores de edad según su ley personal, al no cumplirse el requisito de “estar o haber estado sometidos a la patria potestad de un español”, como exige el precepto.

Además, hay que tener en cuenta que con esta “segunda opción en cadena”, también se adquiere la nacionalidad española de origen sobrevenida, lo que, como ya hemos analizado, supone una enorme ventaja con respecto a los supuestos de opción previstos en el CC. Sin embargo, esta posibilidad plantea un problema de aplicación temporal de la Ley 20/2022, habida cuenta de que la resolución de la solicitud del progenitor puede durar más de dos años, y los hijos no tendrían tiempo para ejercitar su opción dentro de la ventana de tiempo que proporciona la legislación. Una solución sería admitir la presentación simultánea de ambas solicitudes, pero, por ahora, no hay ninguna directriz oficial al respecto³².

Consecuencia de esta prerrogativa de la “opción en cadena”, es el cuarto supuesto que no consta en la enumeración establecida por la DA 8ª Ley 20/2022, pero sí en la Instrucción DGSJFP de 25 de octubre de 2022. Se trata de “las personas que, siendo hijos de padre o madre originariamente español y nacido en España, hubiesen optado a la nacionalidad española no de origen en virtud del artículo 20.1.b) CC, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre y los hijos menores de edad, de quienes adquirieron la nacionalidad española, por aplicación de la Ley 52/2007, que optaron, a su vez, a la nacionalidad española no de origen, en virtud del ejercicio del derecho de opción, previsto en el artículo 20.1.a) del Código Civil, por estar bajo la patria potestad de un español”. Esta posibilidad que brinda la Instrucción DGSJFP de 25 de octubre de 2022, es consecuencia de la decisión de dispensar un tratamiento jurídico más beneficioso al atribuir la cualidad de español de origen a quienes adquieran la nacionalidad por opción a través de la Ley 20/2022, que, incluso, ha habilitado un anexo específico (Anexo IV) para que puedan formalizar su declaración de opción.

III. INCIDENCIA DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA EN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

1. El difícil equilibrio entre la soberanía estatal y la construcción de la ciudadanía europea

Los nuevos supuestos de opción a la nacionalidad española regulados en la DA 8ª de la Ley 20/2022, harán posible que un elevado número de personas pasen a ser nacionales españoles y, por ende, ciudadanos UE. Y, aunque, en principio, España, como Estado miembro de la UE,

32 Solución propuesta por VARGAS URRUTIA, M. en su intervención “Acceso a la nacionalidad española en la Ley de Memoria Democrática y la resurrección de la DA 7ª de la Ley 52/2007”, en los Cursos de Verano “La ciudadanía española en el exterior: dificultades en el ejercicio de sus derechos y retos”, celebrados del 17-20 de julio de 2023, en la de la Universidad de León.

tiene competencia exclusiva para legislar en materia de Derecho de nacionalidad, esta regulación puede afectar a la libre circulación de personas, ya que la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro, comporta también la adquisición de la ciudadanía UE. Esta correlación entre nacionalidad y ciudadanía UE ha sido la que ha propiciado un cambio significativo en el grado de autonomía de los Estados miembros en esta materia, en las últimas décadas³³. Cuando el Estado legisla en materia de nacionalidad ya no se encuentra desvinculado de toda directriz imperativa. Los elementos que tradicionalmente han delimitado la discrecionalidad de éstos en la regulación de la nacionalidad se han modificado como consecuencia de la aparición de un conjunto de principios internacionales y mecanismos legales y judiciales de supervisión o monitorización de las actuaciones de dichos Estados en materia de nacionalidad³⁴. Por eso, actualmente, el grado real de autonomía del que disponen en la regulación de su nacionalidad es una cuestión cada vez más controvertida³⁵. Es cierto que la relación entre la ciudadanía de la Unión y las nacionalidades de los Estados miembros no ha sido nunca pacífica, pero resulta, cada vez más evidente, el difícil equilibrio entre la estricta soberanía estatal y los avances de una construcción europea dotada de su propio *status civitatis*³⁶.

Así, tanto el TJUE como la Comisión y el Parlamento Europeos, se han visto obligados a intervenir en asuntos en materia de nacionalidad, que son, en teoría, privativos de los Estados miembros.

El Tribunal luxemburgués ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre dichos límites y, a pesar de que ha hecho una interpretación de la normativa respetuosa siempre con la competencia estatal en materia de nacionalidad, no han faltado decisiones que han buscado su adaptación funcional a unos objetivos comunes, presididos por los Derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Los fallos del TJUE en este ámbito (desde el famoso asunto *Micheletti*³⁷, pasando por *Chen&Zhu*³⁸, *Rott-*

33 En un principio el TJUE estableció la plena autonomía de los legisladores nacionales a la hora de determinar las reglas de adquisición de su nacionalidad sin que el legislador UE pudiese inmiscuirse en ello (STJCE de 20 de febrero de 1975, as. C-21/74, *Airola*, vid. nota de MASSARO, L., *Columbia Journal of Transnational Law*, 1976, pp. 514-537; STJCE de 20 de febrero de 1975, as. C-37/74, *Van den Broeck*; STJCE de 14 de diciembre de 1979, as. C-257/78, *Kenny-Levick*).

34 CARRERA NÚÑEZ, S. y MARRERO GONZÁLEZ, G., “La ciudadanía europea en venta. El programa de venta de la nacionalidad maltesa: ¿una brecha en el principio de cooperación leal en el ámbito de ciudadanía de la unión?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, Madrid, septiembre/diciembre, 2014, pp. 847-885, p. 849.

35 SHAW, J., “Has the European Court of Justice Challenged Member State sovereignty in Nationality Law?”, *EUI Working Papers*, RSCAS 2014/01, Observatorio de la Ciudadanía EUDO, Florencia, 2011.

36 BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Adquisición de la nacionalidad española por residencia y renuncia a la nacionalidad de origen por parte de ciudadanos de la UE. Hacia un cambio de paradigma”, en M. Moya Escudero, *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp.189-224, p. 193.

37 STJUE de 7 de julio de 1992, As. C-369/90, *M. V. Micheletti y otros v. Delegación del Gobierno en Cantabria*.

38 STJCE de 19 de octubre de 2004, As. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*. Vid. FERRER LLORET, J., “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (*Chen* contra *Secretary of the Home Department*, asunto C-200/02)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 6, de 6 de enero de 2005, disponible previa suscripción en www.iustel.com; LIAKOPOULOS, D., “La condizione giuridica dello straniero:

*mann*³⁹, *Tjebbes y otros*⁴⁰, *JY vs. Wiener Landesregierung*⁴¹, *X y Udlændinge– og Integrationsministeriet*⁴²,...), tienen una base común: aunque los Estados miembros tienen competencia exclusiva para legislar en materia de Derecho de nacionalidad, esta regulación puede afectar a la libre circulación de personas⁴³.

En todas ellas se pone de manifiesto la relación causal entre la atribución y adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro y la ciudadanía de la UE. Además, las decisiones del TJCE en esta materia pueden influir indirectamente en la transformación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Así, por ejemplo, como consecuencia del fallo del TJUE en el caso *Chen&Zhu*, Irlanda, que hasta ese momento mantenía el *ius soli*, como un criterio de atribución de la nacionalidad, modificó su legislación para suprimirlo⁴⁴. En los asuntos *Rottmann*, *Tjebbes* y *JY vs. Wiener*, se someten a control jurisdiccional decisiones revocatorias de naturalización de la nacionalidad de ciudadanos de la Unión en la medida en que son susceptibles de afectar a derechos conferidos

evoluzione del concetto di cittadinanza alla luce delle norme internazionali”, www.immigrazioneelavoro.it/public/im.pdf, 2005, pp. 1-19; BALLARINO, T. y UBERTAZZI, B., “On Avello and Other Judgements: A New point Of Departure in the Consflicts of Laws?”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. VI, 2004, pp. 85-128, pp.107-110; KUNOY, B., “A Union of National Citizens: The Origins of the Courts Lack of *Avant-Gardisme* on the *Chen* Case”, *Common Market Law Review*, núm. 43, 2006, pp. 179-190.

- 39 STJUE (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, asunto C-135/08. FRANCESCO ORZAN, M., “Da *Rottmann* a *Tjebbes* e.a.: riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, núm. 5, 2019, pp. 997-1014.
- 40 STJUE (Gran Sala) de 12 de marzo de 2019, *Tjebbes y otros*, C-221/17, EU: C: 2019:189. Véase el comentario de ADROHER BIOSCA, S., “El principio de proporcionalidad en la pérdida de la nacionalidad estatal y de la ciudadanía europea. STJUE (Gran Sala) de 12 de marzo de 2019, *Tjebbes y otros c. Minister van Buitenlandse Zaken*”, en “Crónica de Derecho internacional privado”, *REEI*, núm. 38, 2019, pp. 2-8); VLIEKS, C., “*Tjebbes* and Others v. Minister van Buitenlandse Zaken: A Next Step in European Union Case Law on Nationality Matters?”, *Tilburg Law Review*, 24(2), 2019, pp. 142–146.
- 41 STJUE de 18 enero 2022, C-118/20, *JY vs. Wiener Landesregierung*. GAMBARDELLA, I., “*JY v Wiener Landesregierung*. Adding Another Stone to the Case Law Built Up by the CJEU on Nationality and EU Citizenship”, *European papers: a Journal on Law and Integration*, Vol. 7, Nº. 1, 2022, pp. 399-409; BELLENGHI, G., “The Court of Justice in *JY v. Wiener Landesregierung*: Could we expect more? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. <https://doi.org/10.1177/1023263X231161017>.
- 42 STJUE de 5 de septiembre de 2023, *X y Udlændinge– og Integrationsministeriet*, C-689/21. Dinamarca puede, en principio, establecer que sus nacionales nacidos en el extranjero y que no han residido nunca en su territorio pierdan la nacionalidad danesa a la edad de veintidós años. No obstante, esta medida debe respetar el principio de proporcionalidad cuando conlleva también la pérdida de la ciudadanía europea. Tal es el caso cuando la persona en cuestión no posee la nacionalidad de otro Estado miembro. El Derecho de la Unión se opone a la pérdida definitiva de la nacionalidad danesa y, por tanto, de la ciudadanía de la Unión, si la persona interesada no ha sido avisada o informada de ello ni ha tenido la posibilidad de pedir un examen individual de las consecuencias de tal pérdida.
- 43 Para un estudio exhaustivo y pormenorizado de esta cuestión se puede consultar MARÍN CONSARNAU, D., “Nacionalidad y pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión. Un recorrido por la jurisprudencia del TJUE escalón a escalón”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 58, 2022.
- 44 El 24 de junio de 2004 se modificó el artículo 9.2 de la Constitución irlandesa. Para un análisis pormenorizado de esta Sentencia puede consultarse SOTO MOYA, M., “El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana”, *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Vol. 20, Nº 40, 2018, pp. 453-481.

y protegidos por el Derecho europeo⁴⁵. La pérdida automática de la nacionalidad de un Estado miembro, y, por tanto, de la ciudadanía europea, por falta de “vinculación efectiva” debe quedar sometida al principio de proporcionalidad y, no solo eso, el TJUE advierte de que los Estados han de prever un mecanismo de recuperación de la nacionalidad en estos casos. La regulación estatal sobre pérdida de la nacionalidad no puede ser discrecional y tiene ciertos límites, al afectar a la pérdida de derechos como ciudadano de la UE. Sorprendentemente, en estos asuntos, el TJUE decide dar un paso más en la capacidad del Derecho europeo de interferir en la aplicación de las normas de los Estados miembros en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad, al aplicarse también con respecto a la readquisición de la nacionalidad en el Estado miembro de origen⁴⁶.

De los fallos del TJUE podemos extraer una conclusión clara: la legislación sobre adquisición, atribución, pérdida y recuperación de la nacionalidad de los Estados miembros no es inocua, puede afectar a aspectos relevantes de la libre circulación de personas y a los derechos que confiere la ciudadanía UE. Todo esto nos puede llevar a pensar que los nuevos supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción regulados en la DA 8ª de la Ley 20/2022, pueden activar ciertos mecanismos de control por parte de la UE, como así ha ocurrido con ciertos desarrollos normativos en otros Estados miembros, la mayoría de ellos ya derogados debido a la presión ejercida por la Comisión que inició procedimientos de infracción contra Malta, Chipre y Bulgaria⁴⁷. Los dos últimos han derogado sus respectivas legislaciones, Chipre en noviembre de 2020⁴⁸ y Bulgaria en marzo de 2022⁴⁹.

Atención específica merece el caso de Malta, que elaboró su primera normativa de concesión de la nacionalidad por inversión en 2014 (Programa Maltés para Inversores Individuales). En 2020 puso en marcha un nuevo programa denominado Naturalización Excepcional para Inversores de Malta (MEIN)⁵⁰. Concede la ciudadanía por servicios excepcionales a las perso-

45 La cuestión estriba en determinar, en esencia, si el Derecho de la Unión Europea se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida de modo fraudulento mediante naturalización. Sobre todo, si tal revocación priva al interesado de su estatuto de ciudadano de la Unión y de los derechos correspondientes, convirtiéndolo en apátrida, si la adquisición de la nacionalidad de ese Estado miembro por naturalización supone para la persona afectada la pérdida de la nacionalidad de su Estado miembro de origen.

46 IGLESIAS SÁNCHEZ, S., “¿Hacia una nueva relación entre la nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, Madrid, septiembre/diciembre 2010, págs. 933-950, p. 942; MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., “Ciudadanía de la Unión”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII, 2010, pp. 197-200, p. 198.

47 Disponible en: <https://europedirect.dipucordoba.es/regimenes-de-pasaporte-de-oro-la-comision-incoa-un-procedimiento-de-infraccion-contra-malta/>

48 *Cypriot Scheme for Naturalisation of Investors*, adoptado por el Consejo de Ministros el 24 de mayo de 2013, que fue derogado el 1 de noviembre de 2020 tras el inicio del procedimiento de infracción. Ha sido sustituido por el “Programa de residencia por inversión en Chipre”. https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/IP_22_2068.

49 NAVARRO MARTÍNEZ, D., “La nacionalidad por inversión en la Unión Europea: especial referencia a los pasaportes dorados de Bulgaria”, *Quaderns IEE: Revista de l’Institut d’Estudis Europeus*, vol. 2, núm. 1, 2023, pp. 93-125.

50 Ley de Ciudadanía Maltesa (modificación nº 2) de 2020 y el Reglamento de Concesión de Ciudadanía por Servicios Excepcionales de 2020. El programa se suspendió en marzo de 2022 pero solo en relación a los ciudadanos bielorrusos y rusos.

nas y sus familias que realizan una inversión directa en la República de Malta. Establece que cualquier extranjero que realice una donación al Estado o invierta una cantidad sustancial de capital en el país, sin ningún otro requisito adicional, puede adquirir la nacionalidad maltesa⁵¹. En todos estos casos, la venta de la nacionalidad se transforma también en la venta de la ciudadanía europea. Las instituciones de la UE, intervinieron en este asunto expresando su opinión contraria y desplegado actuaciones *soft law*. La Comisión, a través de su vicepresidenta, en un discurso titulado “La ciudadanía no debe venderse”, indicó que las decisiones adoptadas por un Estado miembro relativas a la naturalización o concesión de su nacionalidad “no son neutrales” con respecto a los demás Estados miembros y a la UE en su conjunto, afirmando que en ningún caso debe ponerse un precio a la ciudadanía de la Unión⁵². Y, por su parte, el Parlamento ha intervenido adoptando una Resolución sobre la Ciudadanía de la UE en la que se condenan los programas de venta de la nacionalidad de los Estados miembros, recordando que éstos sólo deben conceder la ciudadanía a aquellas personas que tengan un “vínculo efectivo” o una “conexión genuina” con el país de que se trate. El Informe de la Comisión sobre regímenes de ciudadanía y residencia para inversores en la Unión Europea de 23 de enero de 2019 incide en esta línea, pues las consecuencias sobre la ciudadanía europea son inmediatas⁵³. Tras el Informe de la Comisión, también el Comité Económico y Social ha manifestado su oposición frontal a estos regímenes y urge a su eliminación, o a que los Estados aporten argumentos y pruebas para no hacerlo; también reitera la expresión del Parlamento, en cuanto a que la ciudadanía de la Unión no puede ponerse en venta⁵⁴. El 21 de marzo de 2023, la Comisión europea interpuso un recurso ante el TJUE, en el que solicita que se declare que la República de Malta ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 20 TFUE al establecer y poner en marcha un programa institucionalizado, como el de ciudadanía maltesa mediante naturalización por servicios excepcionales por inversiones directas, que ofrece la naturalización sin un vínculo real de los solicitantes con el país, a cambio de pagos o inversiones predeterminados. La Comisión considera que constituye un régimen ilegal de ciudadanía por inversiones pone en entredicho y socava la esencia y la integridad de la ciudadanía de la Unión⁵⁵.

A favor de la regulación española se podría argumentar, que todos los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción de la Ley 20/2022, analizados en los epígrafes anteriores, están pensados para personas que, *a priori*, tienen una estrecha vinculación con

-
- 51 Ofrece dos opciones para obtener la nacionalidad. La opción más económica requiere tres años de residencia con una donación de 600.000 euros, mientras que la segunda opción (por excepción) requiere un año de residencia con una donación de 750.000 euros. Ambas opciones exigen una contribución adicional para los dependientes de 50.000 euros cada una y los solicitantes deben alquilar o comprar una propiedad en Malta.
- 52 REDING, V., “Citizenship must not be up for sale”, Comisión Europea, Discurso/ 14/18, 15 de enero de 2014.
- 53 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Regímenes de ciudadanía y residencia para inversores en la Unión Europea COM (2019) 12 final, de 23 de enero de 2019.
- 54 CUARTERO RUBIO, M. V., “Nacionalidad por inversión y movilidad transfronteriza de personas en la Unión Europea”, en M. Moya Escudero, *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 167-188, p. 168.
- 55 Asunto C-181/23, Comisión Europea/República de Malta. DOUE de 15/05/2023.

España, requisito en el que inciden las instituciones europeas en sus Declaraciones e Informes, como acabamos de exponer⁵⁶. En ninguno de los casos, además, la nacionalidad se adquiere por causas “económicas”, sino que la finalidad es reparadora de la memoria histórica y democrática de España. Se puede añadir, que no se trata de una regulación de la adquisición de la nacionalidad española incluida de manera permanente en el Código Civil, sino que se establece un periodo limitado de tiempo para poder solicitarla (dos años prorrogables a tres). Pero esto también puede considerarse un hándicap habida cuenta de que, en un breve espacio de tiempo, una gran cantidad de personas pasarán a ser nuevos ciudadanos de la UE, con todas las ventajas de circulación y documentación que ello supone, tanto para los titulares, como para sus familiares nacionales de terceros Estados. ¿Serán todos estos argumentos suficientes para que las instituciones de la UE no actúen contra la regulación española? El tiempo lo dirá.

2. Consecuencias de la doble nacionalidad reconocida unilateralmente por España para la aplicación de las normas UE

Otro de los problemas que pueden suscitarse con la regulación prevista en la DA 8ª de la Ley 20/2022, es el relativo a la aplicación de las normas UE como consecuencia de la doble nacionalidad legal, o reconocida unilateralmente por España⁵⁷. Como hemos señalado *supra*, ninguno de los supuestos de opción previstos en dicha ley, exige la renuncia a la nacionalidad anterior para adquirir la española⁵⁸. Esta aceptación de la plurinacionalidad como opción legalmente permitida, causa infinidad de inconvenientes en múltiples ámbitos, tanto de Derecho público (derechos políticos, protección diplomática, obligaciones militares...), como en el plano del Derecho privado, que será el objeto de estudio en este epígrafe.

56 Hay voces críticas que consideran que esta “estrecha vinculación” puede ser más teórica que real. Los descendientes de españoles a los que se dirige la Ley 20/2022, puede que no hayan pisado nunca suelo español (ni ellos ni sus progenitores), no se les exige conocer el idioma, ni realizar la prueba de conocimientos constitucionales y socioculturales de España (prueba CCSE).

57 Por lo que respecta a las situaciones de doble nacionalidad reconocida unilateralmente por España se incluyen las previstas en el artículo 23 b) CC que remite a la enumeración contenida en el art. 24.1 CC (no tendrán que renunciar a su nacionalidad anterior los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal. Habiendo que unir recientemente a Francia gracias a la firma el 24 de noviembre de 2020 de un Convenio de doble nacionalidad). Desde el 1 de octubre de 2015 también aquellos que acrediten ser sefardíes originarios. Y, desde la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180), los menores extranjeros adoptados por españoles (art. 19.3CC).

58 Otra cuestión serán las consecuencias que la adquisición de una nueva nacionalidad tenga para los supuestos de pérdida regulados en el Estado de la nacionalidad de origen del solicitante. En la mayoría de las legislaciones de los países consultados, la adquisición de otra nacionalidad no conlleva la pérdida automática de la de origen. Sí sucede, por ejemplo, en Guinea Ecuatorial, en el que se produce la pérdida automática si se adquiere la nacionalidad de otro país (art. 12 Ley 3/2011, de 14 de julio, Reguladora de la Nacionalidad Ecuatoguineana, puede consultarse en: LARA AGUADO, A. y RUEDA VALDIVIA, R., (Dirs.), MORENO CORDERO, G., (coord.) *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 603. En este trabajo se realiza un estudio exhaustivo de Derecho de nacionalidad de 75 países.

En este último caso la determinación de la nacionalidad prevalente cuando existe doble nacionalidad puede ser problemática en diversas materias (crisis matrimoniales, sucesiones, filiación, nombres y apellidos, régimen económico matrimonial o capacidad para contraer matrimonio, por ejemplo). Y más aún, si tenemos en cuenta que, algunas de ellas, tradicionalmente circunscritas al Derecho autónomo, han pasado a ser reguladas por normas de origen institucional. Es el caso de las crisis matrimoniales, las sucesiones y el régimen económico matrimonial y de pareja⁵⁹. Así, por ilustrar con algunos ejemplos, habrá de dilucidarse qué nacionalidad prevalece en caso de que un doble nacional cubano-español, con residencia habitual en España, que ha adquirido la nacionalidad española por opción a través de la Ley 20/2022, desee optar por la legislación cubana para regular su futura sucesión. O, unos cónyuges, uno de ellos con doble nacionalidad argentino-española (adquirida también conforme a la Ley 20/2022), que pretendan designar, a través de acuerdo, como ley aplicable a su régimen económico matrimonial la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de ellos. Incluso, pueden producirse disfunciones, no solo en materia conflictual, sino de determinación del foro que resulte aplicable. ¿El órgano jurisdiccional de qué Estado sería el competente para conocer de la demanda de divorcio de dos cónyuges, dobles nacionales franco-españoles, si aplicamos el foro de la nacionalidad común del Reglamento (UE) 2019/1111 (art. 3 b)?

Para responder a todos estos interrogantes habrá de acudir a las normas de Derecho UE aplicables en cada caso. Los problemas se suscitan cuando la nacionalidad resulta ser el punto de conexión, o el foro aplicable. Si se analiza la jurisprudencia del TJUE en relación a los supuestos de plurinacionalidad, en los que se integran los ejemplos mencionados, se puede constatar que hay dos líneas bastante definidas⁶⁰. Por un lado, los asuntos que impliquen a sujetos con dos o más nacionalidades de países de la UE, por otro, aquellos que incumban a personas con doble nacionalidad mixta (UE y tercer Estado)⁶¹. Cualquiera de ellos puede afectar a aquellas

59 Reglamento (UE) 2019/1111 de 29 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, DO L núm. 178, de 25.06.2019. Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L núm. 343, de 29.12.2010 (considerando 22). Reglamento (UE) Núm. 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L núm. 201, de 27.7.2012 (Considerando 41). Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L núm. 183, de 8.7.2016 (considerando 50). Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L núm. 183, de 8.7.2016 (Considerando 49).

60 La clasificación que se presenta en este epígrafe, adaptada a los supuestos que estamos analizando, ya fue desarrollada en un trabajo anterior. Puede consultarse SOTO MOYA, M., “Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el artículo 9.9 CC, “Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 229-277.

61 Habría que incluir un tercer supuesto, bajo nuestro punto de vista, del que aún no se ha ocupado el TJUE: el relacionado con dobles nacionales de Estados no miembros UE.

personas que adquieran la nacionalidad española por opción por uno de los supuestos regulados en la Ley 20/2022, ya que no tienen que renunciar a su nacionalidad anterior.

En el primer caso, en los asuntos que implican a personas con dos o más nacionalidades, todas ellas de países miembros de la UE, el TJUE argumenta, que no se pueden aplicar soluciones nacionales que privilegien la nacionalidad del foro ya que hay que considerar las nacionalidades de los Estados miembros en plano de igualdad⁶². La norma de preferencia por la propia nacionalidad no obliga a ignorar que otro Estado miembro cuya nacionalidad también posea dicha persona puede tratarla, a su vez, como si sólo tuviera su propia nacionalidad. Por eso no puede mantenerse la preferencia de la nacionalidad del foro. Esta interpretación resulta idónea para responder al interrogante que nos planteábamos, sobre el órgano jurisdiccional de qué Estado miembro sería el competente para conocer de la demanda de divorcio de dos cónyuges, dobles nacionales franco-españoles, si aplicamos el foro de la nacionalidad común del Reglamento (UE) 2019/1111 (art. 3 b). A tener de lo establecido por el TJUE en el asunto *Hadadi*, tanto los órganos jurisdiccionales franceses como los españoles serían competentes en un plano de igualdad.

En la segunda línea interpretativa en relación a los asuntos que impliquen doble nacionalidad mixta (UE y tercer Estado), en cambio, el TJUE sí admite la determinación de la nacionalidad prevalente identificándola con la nacionalidad del Estado miembro y, por ende, la ciudadanía europea. En estos casos parece que tampoco resultaría de aplicación la normativa interna o, quizás, siendo más precisos, la aplicación de la normativa interna estaría limitada por los principios generales de la UE⁶³. Siempre que ostentar la nacionalidad de un Estado miembro sea el único requisito subjetivo para ser titular de un determinado derecho no podrá aplicarse la normativa interna para determinar cuál es la nacionalidad prevalente, porque la nacionalidad del país de la UE se impone sobre las demás⁶⁴.

No obstante, si aplicamos esta categorización a algunos asuntos, pueden producirse situaciones no deseadas por la propia norma UE. Volvamos al ejemplo del doble nacional cubano-español, con residencia habitual en España, que ha adquirido la nacionalidad española por opción a través de la Ley 20/2022, que desea optar por la legislación cubana para regular su futura sucesión. En el Reglamento de sucesiones la cuestión de considerar a una persona como nacional de un Estado queda fuera de su ámbito de aplicación, tal y como señala el considerando 41, debiendo resolverse conforme a la legislación nacional de ese Estado, incluyendo sus convenios internacionales y respetando los principios generales de la UE. Según la clasificación que hemos realizado, cuando se trate de plurinacionalidad mixta (una de ellas es de un país UE), el principio de no discriminación faculta para establecer como nacionalidad prevalente la del país UE, en este caso la española. Pero, ¿iría en contra del espíritu y finalidad del Reglamento de sucesiones? En estos supuestos la autonomía de la voluntad quedaría seriamente afectada.

62 *Vid.* STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*, (C-168/08).

63 En el caso de España la normativa interna aplicable sería, con matices, el art. 9.9 CC. Puede consultarse SOTO MOYA, M., “Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el artículo 9.9 CC”, *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 229-277.

64 Sentencia de 11 de noviembre de 1999, *Belgian State c. Fatna Mesbah* (C-179/98).

El sujeto no tendría la posibilidad real de elegir la ley aplicable a su sucesión. Se trataría en la práctica de un supuesto de *professio iuris ficticia*⁶⁵.

Y es que en este punto quizá tengamos que desdoblarse la clasificación previamente establecida (doble nacionalidad UE-doble nacionalidad mixta). En nuestra opinión la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental que hasta ahora no se ha tenido en cuenta⁶⁶. Se observa de manera nítida en el ejemplo anterior⁶⁷. Pero aún es más diáfano en el ejemplo propuesto sobre regímenes económicos matrimoniales. Su artículo 22 establece que los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar como ley aplicable a su régimen económico matrimonial la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de ellos en el momento en que se celebre el acuerdo. Si los cónyuges tienen doble nacionalidad argentino-española, el Reglamento remite a lo dispuesto en los derechos internos de los que los cónyuges dicen ser nacionales (considerando 50 del Reglamento 2016/1103). Ahora bien, si se permite a los cónyuges elegir la ley nacional de cualquiera de ellos, si tuvieran doble nacionalidad, las posibilidades de elección de ley serían mayores, más acorde con este punto de conexión flexible, materialmente orientado, basado en la autonomía de la voluntad de los cónyuges, aunque limitada. Distinto será cuando el punto de conexión es rígido, como es el de la nacionalidad para determinar la ley aplicable en defecto de elección (artículo 26. 1, b) del Reglamento 2016/1103), entonces, es más plausible aplicar el considerando 50 y atender a la nacionalidad prevalente según los distintos derechos nacionales y tomando siempre como referencia los principios generales de la UE⁶⁸.

Como puede comprobarse la doble nacionalidad reconocida unilateralmente por España en los supuestos de adquisición de la nacionalidad por opción previstos en la Ley 20/2022, puede provocar problemas de aplicación de las normas UE. No obstante, es cierto que es una situación a la que los operadores jurídicos han de enfrentarse muy a menudo en la aplicación de las normas UE, no solo por el reconocimiento unilateral que realizan muchos Estados miembros de la plurinacionalidad, sino por los supuestos de doble nacionalidad tolerada o, incluso, producida al margen de la ley⁶⁹. La movilidad internacional de personas, la globalización, el

65 Opinión que compartimos con LARA AGUADO, A., “Relaciones sucesorias hispano-marroquíes”, en *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes* (dir. Mercedes Moya Escudero), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 233-285.

66 Sobre la función e importancia de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia internacionales puede consultarse, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia”, *REDI*, Vol. 72/1, enero-junio 2020, Madrid, pp. 101-115.

67 Podíamos haber elegido también un ejemplo relativo al Reglamento 1259/2010, en el que su art. 5 c) atribuye a los cónyuges la posibilidad de elegir como ley aplicable a su divorcio (o separación judicial) la del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, lo que ocasiona problemas similares a los estudiados en caso de plurinacionalidad. Para profundizar en esta materia puede verse, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., “Plurinacionalidad y autonomía de la voluntad en el ámbito de la ley aplicable al divorcio”, *REEI*, núm. 38, diciembre 2019.

68 MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “Las normas de conflicto del Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales: normas materialmente orientadas”, *Revista Electrónica de Derecho*, febrero 2019, núm. 1, v. 18.

69 Entre los países UE que han realizado una previsión legislativa en este sentido: Alemania (art. 5(1) (*EG-BGB*)), Argelia (art. 22 del Código civil), Austria (§ 9 de la Ley de Derecho internacional privado austríaca (*Internationales Privatrecht Gesetz*)), Bélgica (art. 34.1 Código de Derecho internacional privado), Bulga-

aumento exponencial de familias mixtas, las ventajas que puede suponer para los Estados que sus ciudadanos puedan disfrutar de derechos sociales en los países de destino, el efecto integrador de la naturalización para los extranjeros, o, incluso, la migración circular, han generado la creciente apertura y aceptación por las legislaciones estatales de la doble nacionalidad y han ido erosionando la férrea posición de los Estados en este sentido. Ya no se considera como un fenómeno fuera de lo común⁷⁰. Por todas estas razones entendemos que tampoco será una objeción que las instituciones de la UE puedan trasladar a España con motivo de la entrada en vigor de la DA 8ª de la Ley 20/2022.

3. Derecho de libre circulación derivado de los familiares de terceros Estados de los “nuevos” nacionales españoles

Un tercer problema relacionado con la Ley de Memoria Democrática, es el posible acceso de los familiares nacionales de terceros Estados, del “nuevo” nacional español, al derecho de libre circulación de personas UE. No podemos obviar el hecho evidente de que la adquisición de la nacionalidad española abre las puertas de la libre circulación, no solo a aquella persona que accede a la ciudadanía de la UE (titular originario), sino también a sus familiares, aunque sean nacionales de terceros Estados.

Se puede hacer una estimación de las personas que adquirirán la nacionalidad española por opción, pero es mucho más complicado calcular cuántos familiares querrán iniciar un nuevo proyecto migratorio en la UE. Recordemos que su derecho de libre circulación se constituye como derivado del derecho originario del que es titular la persona que ejerce la libre circulación en el ámbito UE. Como consecuencia, es posible señalar la existencia de tres condiciones que se consideran *sine qua non* para que los mencionados derechos puedan existir: a) es preceptivo que el nacional UE (en este caso español), quede adscrito al ámbito material del Derecho comunitario, es decir, se encuentre ejercitando una de las libertades que le confiere la movilidad por el territorio de los Estados miembros⁷¹. La situación del nacional comunitario que no ejerce su derecho a la libre circulación de personas, no está regulada por el Derecho UE y es, por tanto, competencia de los respectivos Derechos nacionales. Es decir, la Directiva 2004/38/CE sobre libre circulación de personas no se aplica a los nacionales del propio país a no ser que así lo establezca este expresamente⁷²; b) para que se aplique el régimen comunitario a los nacionales de terceros Estados es imprescindible que exista un vínculo familiar de

ria (art. 8 Ley de Derecho Internacional Privado Búlgara), Italia (art. 19 de la L. DIPr), Países Bajos (art. 10:37 del Código civil), Portugal (arts 27-28 Ley de Nacionalidad), Polonia (art. 2 de la Ley del Derecho Internacional Privado del 4 de febrero de 2011), Rumanía (art. 2.568 del Código Civil). Información extraída de: LARA AGUADO, A. y RUEDA VALDIVIA, R., (Dirs.), MORENO CORDERO, G., (coord.) *Normativas de nacionalidad... loc. cit.*

70 SOTO MOYA, M., “Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas...”, *loc. cit.*, p. 231.

71 STJUE 5-5-22, asuntos acumulados C-451/19 y C-532/19 (EDJ 2022/547261).

72 Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

los que establece el arts.2 y 3 Directiva 2004/38⁷³; c) al familiar de tercer Estado solo le es de aplicación el régimen comunitario cuando acompañe o se reúna con el titular originario del Derecho de libre circulación⁷⁴. Así, por ejemplo, en el caso de un matrimonio entre un nacional cubano y una nacional española (que ha adquirido la nacionalidad por uno de los supuestos regulados en la Ley 20/2022) con residencia en Cuba, si solo él quisiera residir en España, no le sería de aplicación el régimen comunitario, porque no acompaña ni se reúne con su mujer en nuestro país.

España después de muchos vaivenes normativos, sí incluyó a los familiares de españoles en el ámbito de aplicación del régimen comunitario⁷⁵. De este modo, el trato a los familiares nacionales de tercer Estado de un español es el mismo que a los de un francés, italiano, griego, etc., que estén residiendo en España⁷⁶. Esta inclusión en el régimen comunitario de los familiares de españoles, ha causado algunos desajustes que han tenido su reflejo en la cambiante jurisprudencia y han producido cierta inseguridad jurídica. Así, por ejemplo, ha pasado con los requisitos necesarios para la renovación de la tarjeta de residencia permanente o, con la exigencia de que el nacional español reúna los requisitos previstos en el art. 7 RD 240/2007 (trabajo o medios económicos y seguro médico), para otorgar al familiar la Tarjeta de residente comunitario. En un principio, se fijó una línea jurisprudencial bastante definida considerando inaplicable el RD 240/2007 art.7 a los españoles. La razón esgrimida era que no puede interpretarse que dicho precepto ampare exigir al español residente en España condición alguna ni, por ende, al familiar del español que se reúne con él, pues dicho precepto no regula este supuesto⁷⁷. No obstante, el TS ya ha fijado con precisión su postura con respecto a este asunto. Así, establece con claridad que el art.7 es aplicable a la reagrupación de familiares extranjeros (cualquiera que sea su nacionalidad) de españoles, hayan —o no— hecho uso de su derecho a la libre circulación y residencia por la UE. No se podrá limitar al español, salvo en los casos legalmente previstos, su derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio

73 Cónyuge, pareja registrada, descendientes menores de 21 años o a cargo, ascendientes a cargo, pareja estable y cualquier otro familiar que cumpla los requisitos que establece la norma. Para un análisis más exhaustivo puede consultarse: AA.VV., *Memento Experto de Extranjería*, Editorial Lefebvre. El Derecho, 5ª Ed. Mayo 2023, en concreto la Tercera Parte: “Régimen comunitario”, pp. 263-304.

74 La expresión “régimen comunitario” se utiliza en el ordenamiento jurídico español como contrapuesta a la de “régimen general” o “régimen de extranjería” y hace referencia a un conjunto de normas que regulan el alcance y los límites del Derecho de libre circulación de personas por el territorio de la UE. La Directiva 2004/38/CE ha sido traspuesta al ordenamiento español a través del RD 240/2007 sobre entrada y permanencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, derogando al anterior RD 178/2003.

75 Como consecuencia, principalmente, de la Sentencia TS 1-6-10, EDJ 144449.

76 El hecho de que esta inclusión de los familiares de españoles haya sido una opción del legislador nacional (no impuesta por el Derecho comunitario) tiene sus consecuencias en aquellos casos en que el RD 240/2007 pueda contravenir la normativa comunitaria. En tanto en cuanto el mencionado Real Decreto sea consecuencia de la transposición de la normativa comunitaria, ha de prevalecer sobre cualquier disposición interna que la contravenga. Sin embargo, en la medida en que la regulación sobre el derecho a la reagrupación familiar de los españoles no deriva del Derecho comunitario, la prevalencia de este no puede utilizarse para limitar el ámbito de aplicación de normas y exigencias contrarias establecidas en el Derecho interno.

77 TSJ País Vasco 9-2-16, EDJ 12632; TSJ Cantabria 31-5-16, EDJ 119874; TSJ C. Valenciana 6-5-16, EDJ 124445; TSJ Galicia 6-4-16, EDJ 41774; TSJ Sevilla 2-6-16, EDJ 173149.

español (art.19 Constitución española), pero esto no obsta para que cuando pretenda reagrupar a familiares extranjeros quede sometido a requisitos o condiciones, en este caso, los mismos que al resto de los ciudadanos europeos. Los presupuestos, pues, de los que deriva el derecho de residencia del familiar extranjero del español residente en España son la nacionalidad española del reagrupante y concurrencia de alguno de los requisitos previstos en el art.7, y, una vez surgido ese derecho, se aplicará el art.8, de naturaleza meramente procedimental⁷⁸. Por su parte el TJUE ha matizado la postura del TS estableciendo que la exigencia de que el ciudadano español deba cumplir los requisitos del RD 240/2007 art.7.1, podría vulnerar el TFUE art.20. En concreto, si la denegación de la tarjeta de residente de familiar comunitario se realiza sin examinar la existencia de una relación de dependencia entre ellos de tal naturaleza que determinara que, en caso de denegarse el derecho de residencia del ciudadano de un tercer país, el ciudadano de la Unión no pudiera separarse del miembro de la familia que depende de él y hubiera de abandonar el territorio de la Unión⁷⁹.

Todas estas disfunciones han llevado al legislador a realizar una reforma del Reglamento de la LOE, que, en un principio, parecía que iba destinada a extraer a los familiares de españoles del régimen comunitario para incluirlos en el régimen de extranjería mediante la figura del arraigo familiar (art. 124). En ella se incluye al cónyuge o pareja, ascendientes y descendientes de ciudadanos españoles que podrán solicitar una autorización por circunstancias excepcionales⁸⁰. Es decir, posibilita la inclusión documental de los familiares de españoles en el régimen de extranjería. Hay que observar que dentro de los supuestos del arraigo familiar el RD 557/2011 ya incluía a otros ciudadanos extranjeros que tenían vínculo con ciudadanos españoles: a los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles y a los progenitores o tutores que tuvieran a su cargo a un menor de nacionalidad española. Puede considerarse, pues, que desde un punto de vista sistemático, esta nueva figura ubica dentro del mismo régimen jurídico a todos los familiares de españoles.

Sin embargo, esta reforma no ha cerrado la vía del régimen comunitario, por lo que, actualmente existen dos vías de documentación a los familiares de españoles, que se pueden utilizar indistintamente, pero eso sí, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para cada una de ellas. Entre los más destacables se encuentra el hecho de que para solicitar el arraigo familiar solo es necesario acreditar el vínculo familiar y el certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco años anteriores a su entrada en España, en el que no deberán constar condenas por delitos existentes en

78 TS 18-7-17, EDJ 143132; 10-6-19, EDJ 612965.

79 STJUE 27-2-20, asunto C-836/18. Además, el TJUE ha concretado cuándo debe entenderse existente esa relación de dependencia en dos supuestos (TJUE 5-5-22, asuntos acumulados C-451/19 y C-532/19 EDJ 2022/547261). En el mismo sentido se pronuncia el TC, al señalar que el archivo de la solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión no se puede realizar sin ponderar adecuadamente las circunstancias personales y familiares del solicitante, porque eso impide su estancia y residencia en España, y a falta de otro título habilitante, permite, en su caso, la expulsión del mismo de territorio nacional (TC 42/2020EDJ 566935).

80 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE núm. 103, de 30/04/2011.

el ordenamiento español. No se exige en estos casos la acreditación de medios económicos suficientes ni de seguro médico, como sí ocurre en el régimen comunitario. Ahora bien, la diferencia es que una se configura como parte del derecho de libre circulación de personas (a título derivado) y la otra no.

Pero, lo que ha de quedar claro, es que independientemente de la documentación que se pueda obtener en España (Tarjeta de residente comunitario (TRC) del art. 8 RD 240/2007 o autorización por circunstancias excepcionales del art. 124 RLOE), el derecho de libre circulación de los familiares del nacional español podrá ser ejercitado solo si se cumplen los requisitos para ello. Es decir, la obtención de la TRC no faculta al familiar nacional de tercer Estado para establecerse en un Estado miembro para residir, trabajar o estudiar, solo para circular por el territorio UE un máximo de tres meses, exactamente igual que podría hacer el titular de una autorización por arraigo familiar. Al configurarse el derecho de libre circulación a título derivado, solo si el titular originario (el nacional español), se establece en otro Estado miembro, podrá reunir con él a sus familiares, siempre, por supuesto, que cumpla los requisitos necesarios. En definitiva, la documentación obtenida en España no predetermina las posibilidades de circulación de los familiares del nacional español.

IV. CONCLUSIONES

1. La Ley 20/2022 de Memoria Democrática articula tres supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción que posibilitarán su ejercicio a un elevado número de personas. Algunas de ellas no abandonarán sus países de origen, pero otras muchas sí, comenzando su proyecto migratorio sin los rigores y limitaciones propios de la legislación de extranjería.
2. Entre los principales rasgos distintivos de las modalidades previstas podemos destacar dos: a) la opción regulada en la Ley 20/2022 confiere la cualidad de español de origen, si bien adquirida de forma sobrevenida, es decir, con efectos desde su adquisición, sin carácter retroactivo y, b) en ninguna de las modalidades se exige renuncia a la nacionalidad anterior. Estas dos características suponen una enorme ventaja con respecto a los supuestos de opción previstos de forma permanente en el CC.
3. El análisis de cada uno de los supuestos de hecho nos ha llevado a considerar que: a) en el caso de los descendientes de españoles de origen o exiliados, durante el periodo en el que esté abierta la ventana de oportunidad de la Ley 20/2022 (2 años prorrogables a tres), resultará mucho más beneficioso acogerse a este supuesto que al previsto por el 20.1 b) CC, ya que aquél, no solo exige un requisito menos, sino, y lo que es mucho más importante, confiere la cualidad de español de origen (aunque sea de manera sobrevenida), a diferencia de este último. Sumando, además, las dificultades que supone en ocasiones probar la condición de exiliado; b) en el apartado dedicado a *reparar la discriminación sufrida por las mujeres españolas casadas con extranjeros* el objetivo de la norma solo se cumple parcialmente al soslayar el legislador una de las principales causas de discriminación. La solución existente para los hijos e hijas de madres que no nacieron en España, y que no pudieron transmitir su

nacionalidad española debido a la discriminatoria regulación prevista en el CC, es desfavorable y produce una notoria desigualdad entre los hijos e hijas de madres que no perdieron la nacionalidad por casarse con extranjero pero que tampoco pudieron transmitirla. Adicionalmente, considero que este supuesto es de tal importancia, que no debería ser una posibilidad transitoria (2 años prorrogables a 3), sino que debería incluirse de manera definitiva y permanente como un supuesto de opción en el CC; c) la última modalidad, la “opción en cadena”, tiene como objetivo eliminar la limitación establecida en la Ley de Memoria Histórica y cuenta con la ventaja de que se adquiere la nacionalidad española de origen sobrevenida. Consecuencia de esta prerrogativa es el cuarto supuesto que no consta en la enumeración establecida por la DA 8ª Ley 20/2022, pero sí en la Instrucción DGSJFP de 25 de octubre de 2022.

4. Las personas que adquieran la nacionalidad española a través de la Ley 20/2022, pasarán a ser también ciudadanos de la UE por lo que la legislación española puede afectar a la libre circulación de personas. Cuando el Estado legisla en materia de nacionalidad ya no se encuentra desvinculado de toda directriz imperativa y, por eso, tanto el TJUE como la Comisión y el Parlamento Europeo se han visto obligados a intervenir en asuntos en materia de nacionalidad, que son, en teoría, privativos de los Estados miembros. El tiempo dirá si la regulación española será objeto de atención por parte de las instituciones UE. No obstante, a favor de la regulación española se podría argumentar, que todos los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción de la Ley 20/2022, están pensados para personas con una estrechísima vinculación con España. En ninguno de los casos, además, la nacionalidad se adquiere por causas “económicas”, sino que la finalidad es reparadora de la memoria histórica y democrática de España. Se puede añadir, que no se trata de una regulación de la adquisición de la nacionalidad española incluida de manera permanente en el Código Civil, sino que se establece un periodo limitado de tiempo para poder solicitarla (dos años prorrogables a tres).
5. Otro de los problemas que pueden suscitarse con la regulación prevista en la DA 8ª de la Ley 20/2022, es el relativo a la aplicación de las normas UE como consecuencia de la doble nacionalidad legal, o reconocida unilateralmente por España, al no exigirse la renuncia a la nacionalidad anterior. La determinación de la nacionalidad prevalente puede ser problemática en materias como las crisis matrimoniales, sucesiones o régimen económico, cuando el punto de conexión, o, incluso, el foro de competencia es la nacionalidad. Sin embargo, es una situación a la que los operadores jurídicos han de enfrentarse muy a menudo en la aplicación de las normas UE, no solo por el reconocimiento unilateral que realizan muchos Estados miembros de la plurinacionalidad, sino por los supuestos de doble nacionalidad tolerada o, incluso, producida al margen de la ley. Por eso entiendo que tampoco será una objeción que las instituciones de la UE puedan trasladar a España con motivo de la entrada en vigor de la Ley de Memoria Democrática.
6. El último asunto analizado es el posible acceso de los familiares nacionales de terceros Estados, del “nuevo” nacional español, al derecho de libre circulación de personas UE. Aunque en un principio parecía la intención del legislador español extraer

a los familiares de españoles del régimen comunitario para incluirlos en el régimen de extranjería a través de la figura del arraigo familiar, al final no se ha conseguido. Actualmente existen dos vías de documentación a los familiares de españoles, que se pueden utilizar indistintamente, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para cada una de ellas. Pero, la documentación obtenida en España no predetermina las posibilidades de circulación por la UE de los familiares del nacional español.

LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES A LA LUZ DEL ARTÍCULO II DEL TRATADO DEL ESPACIO (1967)

THE EXPLOITATION OF THE NATURAL RESOURCES OF OUTER SPACE AND ITS CELESTIAL BODIES IN LIGHT OF ARTICLE II OF THE OUTER SPACE TREATY (1967)

CHRISTIAN DOMÍNGUEZ-EXPÓSITO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LIBERTAD DE EXPLORACIÓN Y UTILIZACIÓN DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES Y LA EXPLOTACIÓN DE SUS RECURSOS. III. EL PRINCIPIO DE NO APROPIACIÓN Y LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES. IV. LA NATURALEZA LIMITADA O ILIMITADA DE LOS RECURSOS NATURALES DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES COMO ELEMENTO CLAVE PARA SU EXPLOTACIÓN. V. EL PRINCIPIO DE NO APROPIACIÓN EN RELACIÓN CON LOS RECURSOS NATURALES LIMITADOS DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES A LA LUZ DE LA PRÁCTICA ULTERIOR. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes es un tema de gran actualidad, lo cual no debería sorprendernos, dado que las previsiones indican que en la próxima década podría convertirse en una realidad. Sin embargo, en la situación actual, no existe consenso a la hora de afirmar o negar con rotundidad si, desde un punto de vista jurídico, la explotación de estos recursos está permitida en el marco del actual derecho internacional. En el centro de la polémica se encuentra el artículo II del Tratado del Espacio, el cual establece el principio de no apropiación del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, sin hacer referencia a los recursos naturales que ahí se encuentran. A través de una revisión doctrinal, y del estudio de la práctica ulterior de los Estados, se pretende deducir si, efectivamente, el principio de no apropiación afecta o no a estos recursos, y, por tanto, si la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes es una actividad no prohibida por el derecho internacional espacial.

ABSTRACT: *The exploitation of natural resources in outer space and celestial bodies is a highly relevant issue, and for good reason, as forecasts suggest it could become a reality in the next decade. However, in the current*

Fecha de recepción del trabajo: 16 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 13 de noviembre de 2023.

* Contratado Predoctoral Formación Profesorado Universitario (FPU), Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla. Miembro del Instituto Universitario de Estudios sobre América Latina (IEAL) y del Grupo de Investigación “Política y Derecho Internacional” (SEJ-119). Email: cdominguez2@us.es.

El presente trabajo se ha elaborado en el marco del contrato FPU otorgado por el Ministerio de Universidades, Referencia: FPU21/01181; del Proyecto 2023/531, concedido por el Ministerio de Defensa; y como resultado de la investigación financiada por la beca de investigación II.1 modalidad B, Referencia: VIIPPIT-2022-II.1, concedida por la Universidad de Sevilla. Todas las referencias y enlaces a páginas de internet han sido consultados por última vez el 2 de noviembre de 2023.

situation, there is no consensus when it comes to decisively affirming or denying, from a legal perspective, whether the exploitation of these resources is internationally permitted. At the heart of the controversy lies Article II of the Outer Space Treaty, which establishes the principle of non-appropriation of outer space and celestial bodies, without specific reference to the natural resources found therein. Through a doctrinal review and an examination of the subsequent practice of states, the aim is to deduce whether, indeed, the principle of non-appropriation affects these resources, and, therefore, whether the exploitation of natural resources in outer space and celestial bodies is an activity sanctioned by international space law.

PALABRAS CLAVE: Tratado del Espacio; libertad de exploración y utilización; escasez; principio de no apropiación; práctica ulterior.

KEYWORDS: *Outer Space Treaty; freedom of exploration and use; scarcity; principle of non-appropriation; subsequent practice.*

I. INTRODUCCIÓN

La vertiginosa expansión de la tecnología ha provocado que la explotación de recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes sea una realidad cada vez más próxima, escapando de la ciencia ficción y acercándose a nuestro día a día. Existen múltiples iniciativas y proyectos que giran en torno a la explotación de estos recursos, ya sea con fines económicos o de mercado (comúnmente denominado “space mining”), científicos, industriales etc.

Sin embargo, a pesar de las substanciales inversiones financieras realizadas y los dedicados esfuerzos emprendidos, la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes no constituye una cuestión pacífica. Por el contrario, existen tensas discusiones en la actualidad sobre el estatuto jurídico de estos recursos y la posibilidad de explotarlos. A nivel internacional, contamos con dos tratados internacionales involucrados, por una parte el “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes”¹ de 1967 (en adelante, Tratado del Espacio), y, por otra parte, el “Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes”² de 1979 (en adelante, Acuerdo de la Luna).

El Tratado del Espacio es considerado la Carta Magna o Constitución del Espacio³, y sus disposiciones han sido aceptadas por una gran parte de la comunidad internacional, incluidas

1 Basado en gran medida en la Declaración de principios jurídicos de 1963 y en la Resolución 1884 (XVIII) aprobada por la AGNU el 17 de octubre de 1963, el Tratado del Espacio fue adoptado mediante la resolución 2222 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobado el 19 de diciembre de 1966 y abierto a la firma el 27 de enero de 1967, entrando en vigor el 10 de octubre de 1967. España es Estado Parte del Tratado desde el 27 de noviembre de 1968, fecha en la que se adhirió por instrumento, BOE, núm. 30, de 4 de febrero de 1969, páginas 1675 a 1677).

2 Fue adoptado mediante resolución 34/68 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobado el 5 de diciembre de 1979 y abierto a la firma el 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 11 de julio de 1984 (España no es Estado Parte).

3 ROSENFELD, S.B., “Private industrial development in outer space”, en *Proceedings of the 23 rd Colloquium on the Law of Outer Space*, American Institute of Aeronautics and Astronautics, Reston, 1977, p. 440; MAGNO, P., “Communication”, en *Proceedings of the 15 th Colloquium on the Law of Outer Space*, American Institute of Aeronautics and Astronautics, Reston, 1972, p. 166; GANGALE, T., *The development of outer space: sovereignty and property rights in international space law*, Praeger, Westport, 2009,

todas las potencias espaciales. Es tal su importancia, que la doctrina entiende que la mayoría de sus disposiciones se han consolidado como derecho internacional consuetudinario⁴.

El Tratado del Espacio no aborda directamente la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, sin embargo, establece las bases para todas las actividades que se realicen en este entorno, de manera que, sus disposiciones, son de aplicación a la explotación de estos recursos.

El Acuerdo de la Luna por su parte, sí aborda directamente la explotación de los recursos naturales de la Luna y otros cuerpos celestes (aunque no hizo referencia a otros recursos que no proceden de la Luna u otros cuerpos celestes, sino del espacio ultraterrestre, como las radiaciones cósmicas), y, a través de su artículo 11, le otorgó a estos recursos la consideración de patrimonio común de la humanidad, no prohibiendo su obtención, pero postergando el régimen jurídico de su explotación a un momento posterior⁵.

No obstante, el Acuerdo de la Luna es ampliamente considerado un fracaso por la doctrina, debido a que tras más de 40 años, solo 18 Estados lo han ratificado, entre los cuales, no se encuentra ninguna potencia espacial. A esta situación se le sumó recientemente el hecho de que, Arabia Saudí, uno de los Estados Parte del mismo, solicitó a comienzos del año 2023 su abandono, siendo la primera vez que un Estado se retira de uno de los cinco grandes tratados espaciales⁶.

p. 52; MASSON-ZWAAN, T., y SUNDAHL, M.J., “The Lunar Legal Landscape: Challenges and Opportunities”, *Air and Space Law*, vol. 46, núm. 1, 2021, p. 31.

4 Véanse, en este sentido: JAKHU, R.S., y FREELAND, S., “The Relationship between the Outer Space Treaty and Customary International Law”, en *67th International Astronautical Congress*, International Astronautical Federation, Paris, 2016, pp. 1-12; RATHORE, E., y GUPTA, B., “Emergence of Ius Cogens Principles in Outer Space Law”, *Astropolitics*, vol. 18, núm. 1, 2020, pp. 1-21; SACHDEVA, G.S., (2017). “Select Tenets of Space Law as Jus Cogen”, en RAO, R.V., GOPALAKRISHNAN, V., y ABHIJEET, K. (eds.), *Recent Developments in Space Law*, Springer, Berlin, 2017, p. 15.

5 Así, el artículo 11 del Acuerdo de la Luna establece que: “1. La Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad conforme a lo enunciado en las disposiciones del presente Acuerdo y en particular en el párrafo 5 del presente artículo. 2. La Luna no puede ser objeto de apropiación nacional mediante reclamaciones de soberanía, por medio del uso o la ocupación, ni por ningún otro medio. 3. Ni la superficie ni la subsuperficie de la Luna, ni ninguna de sus partes o recursos naturales podrán ser propiedad de ningún Estado, organización internacional intergubernamental o no gubernamental, organización nacional o entidad no gubernamental ni de ninguna persona física. El emplazamiento de personal, vehículos espaciales, equipo, material, estaciones e instalaciones sobre o bajo la superficie de la Luna, incluidas las estructuras unidas a su superficie o la subsuperficie, no creará derechos de propiedad sobre la superficie o la subsuperficie de la Luna o parte alguna de ellas. Las disposiciones precedentes no afectan al régimen internacional a que se hace referencia en el párrafo 5 del presente artículo. 4. Los Estados Partes tienen derecho a explorar y utilizar la Luna sin discriminación de ninguna clase, sobre una base de igualdad y de conformidad con el derecho internacional y las condiciones estipuladas en el presente Acuerdo. 5. Los Estados Partes en el presente Acuerdo se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna, cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser viable. Esta disposición se aplicará de conformidad con el artículo 18 del presente Acuerdo”. Sobre el mismo, véase: GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El espacio ultraterrestre y el Manual de Tallin 2.0 (La responsabilidad internacional)*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020, pp. 44-51.

6 Sobre la retirada del Acuerdo de la Luna por parte de Arabia Saudí, véase: WEDENIG, S.M., y NELSON, J.W., “The Moon Agreement: Hanging by a Thread?”, *Commentaries on Air & Space Law*, 2023, pp. 1-9.

Debido a esta falta de operatividad jurídica, consideramos que no es práctico centrarnos en su estudio, de forma que nuestro objetivo es el de analizar si la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes es posible de conformidad con lo establecido en el Tratado del Espacio, en la medida en que es el único tratado en la materia que todos los Estados de la comunidad internacional deben respetar, ya sea por su carácter convencional, o por su carácter de derecho internacional general.

En este sentido, aludiremos principalmente a dos disposiciones del mismo, los artículos I y II, centrándonos en este último, en tanto en cuanto constituye el núcleo del debate.

II. LA LIBERTAD DE EXPLORACIÓN Y UTILIZACIÓN DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES Y LA EXPLOTACIÓN DE SUS RECURSOS

“El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estará abierto para su exploración y utilización a todos los Estados sin discriminación alguna en condiciones de igualdad y en conformidad con el derecho internacional, y habrá libertad de acceso a todas las regiones de los cuerpos celestes”⁷.

En este párrafo segundo del artículo I, observamos uno de los pilares fundamentales del derecho internacional espacial, la libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluida la Luna y el resto de cuerpos celestes por parte de todos los Estados⁸.

Esta libertad es la que legitima a los diferentes actores espaciales a la hora de emprender actividades en este dominio. Sin embargo, dada la amplitud del artículo y la falta de concreción, nos surge la siguiente interrogante, ¿qué alcance y significado tiene la libertad de exploración?, ¿y la libertad de utilización?

No existe definición o delimitación alguna en el tratado sobre el alcance y significado de esta libertad de exploración y utilización, algo lógico teniendo en cuenta la naturaleza de tratado marco⁹ del Tratado del Espacio.

7 Artículo I, párrafo segundo del Tratado del Espacio.

8 Principio que ha llegado a ser catalogado como norma de derecho imperativo o de *ius cogens*. En este sentido, véase: CHRISTOL, C. Q., “Judge Manfred Lachs and the Principle of Jus Cogens”, *Journal of Space Law*, vol. 22, núm. 1-2, 1994, pp. 33-45.

Aunque todavía no ha podido acordarse norma alguna que defina y delimite la noción de “espacio ultraterrestre”, ello no ha impedido hasta el momento la vertebración jurídico internacional esencial del mismo. Sobre los límites (dónde comienza este) del espacio ultraterrestre, véanse: GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional por daños en el Derecho del Espacio*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1979, pp. 79-89 y sobre todo nota 191; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El espacio ultraterrestre...*, *op.cit.*, pp. 9-24; DOMÍNGUEZ-EXPÓSITO, C., “La delimitación del espacio ultraterrestre desde una perspectiva jurídico internacional: evaluación de la situación actual”, en FILLLOL MAZO, A., y PÉREZ CALLE, R.D. (coords.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 205-220.

9 VON DER DUNK, F.G., “Outer Space Law Principles and Privacy”, en LEUNG, D., y PURDY, R. (eds.), *Evidence from Earth Observation Satellites: Emerging Legal Issues*, Brill, Leiden, 2013, p. 248; GOH,

A este respecto, Hobe entiende que el término exploración hace referencia al descubrimiento general de algo aún por explorar, que puede incluir o no una actividad científica, mientras que con el término utilización se hace referencia al uso del espacio ultraterrestre con múltiples fines, económicos y no económicos, provocando que la explotación del espacio ultraterrestre y/o de los cuerpos celestes con el objetivo de obtener beneficios económicos se vea respaldada por la amplitud del término¹⁰.

De Man por su parte, considera que, cuando se refiere al espacio ultraterrestre, la exploración debe definirse como el conjunto de todas las actividades que tienen como objetivo principal el descubrimiento y la comprensión del espacio ultraterrestre, incluidos los cuerpos celestes, cualquiera que sea su finalidad, sin perseguir una aplicación práctica inmediata. Esto incluye las actividades destinadas a obtener conocimientos sobre los recursos naturales que pueden estar presentes en este nuevo entorno. En cambio, la utilización, en el contexto del espacio ultraterrestre, se refiere a aquellas actividades que utilizan un segmento espacial concreto con una finalidad que va más allá del propio segmento espacial. De este modo, el objetivo de las actividades que utilizan el espacio ultraterrestre, incluidos los cuerpos celestes, es explotar las particularidades físicas de estos fenómenos para prestar determinados servicios y desarrollar actividades específicas, ya sean de naturaleza económica, comercial, civil, militar o de otro tipo¹¹.

Debido a la amplitud de estos conceptos, no parecieran existir problemas en entender que la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, con fines comerciales, civiles o de cualquier otro tipo, se encuentra amparada por la libertad de utilización del presente apartado. De hecho, desde los comienzos de la era espacial, se ha producido una explotación de las órbitas terrestres, las cuales tienen la consideración de recursos espaciales¹², con fines económicos o militares, entre otros.

Sin embargo, aunque en un primer momento pareciera que la cuestión está resuelta y la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes forma parte de

G.M., “Articles XIV-XVII”, en HOBE, S., SCHMIDT-TEDD, B., y SCHROGL, K. (eds.), *Cologne Commentary on Space Law. Volume 1: Outer Space Treaty*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, p. 228. Los tratados marco, también conocidos como “framework agreements” en inglés, son aquellos tratados jurídicamente vinculantes que establecen un sistema general de gobernanza, sin crear obligaciones concretas u objetivos específicos, que serán desarrollados con posterioridad por otros tratados internacionales. A este respecto, véase: MATZ-LÜCK, N., “Framework Conventions as a Regulatory Tool”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 1, núm. 3, 2009, pp. 439-458.

10 HOBE, S., “Article I”, en HOBE, S., SCHMIDT-TEDD, B., y SCHROGL, K. (eds.), *Cologne Commentary on Space Law. Volume 1: Outer Space Treaty*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, pp. 34-35.

11 DE MAN, P., *Exclusive Use in an Inclusive Environment*, Springer, Berlin, 2016, pp. 79-80.

12 Según el artículo 44.2 de la Constitución de la UIT: “En la utilización de bandas de frecuencias para los servicios de radiocomunicaciones, los Estados Miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y las órbitas asociadas, incluida la órbita de los satélites geoestacionarios, son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones, para permitir el acceso equitativo a esas órbitas y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países”.

la libertad de utilización consagrada en el presente artículo, debemos avanzar hacia el artículo II para descubrir el origen del debate existente.

III. EL PRINCIPIO DE NO APROPIACIÓN Y LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES

El artículo II del Tratado del Espacio es una disposición esencial del derecho internacional espacial, siendo tal su importancia que parte de la doctrina considera que es este artículo el que otorga al espacio ultraterrestre su condición de *global commons*¹³. Este dice así:

“El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera”¹⁴.

En este artículo II se consagra el conocido como principio de no apropiación, el cual prohíbe la apropiación nacional en el espacio ultraterrestre, incluida la Luna y otros cuerpos celestes, tanto por reivindicación de soberanía, como por uso u ocupación, o por cualquier otra forma. La apostilla final de este artículo será uno de los elementos clave a tratar en los siguientes apartados.

Siguiendo la dinámica general del tratado, nos encontramos con una falta de concreción notoria. En este sentido, no se hace referencia a la apropiación por actores no gubernamentales, sino que solo establece la prohibición de apropiación “nacional”, al igual que se hace referencia al espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, pero no a sus recursos naturales. Ante esta situación, surgen dos interrogantes.

1. ¿Qué actores espaciales se ven afectados por el principio de no apropiación?

En los *travaux préparatoires* del Tratado del Espacio¹⁵ se pueden examinar las observaciones y declaraciones que realizaron los Estados en relación con las posibles reivindicaciones de títulos de propiedad por parte de los actores privados en el espacio ultraterrestre y sus cuerpos

13 HOBE, S., y DE MAN, P., “National Appropriation of Outer Space and State Jurisdiction to Regulate the Exploitation, Exploration and Utilization of Space Resources”, *German Journal of Air and Space Law*, vol. 66, núm. 3, 2017, p. 460. De hecho, es tal la importancia de este principio, que no solo es considerada una norma de derecho internacional general, sino que también es considerada por una parte de la doctrina como una norma de derecho imperativo o de *ius cogens*. En este sentido, véanse: JAKHU, R.S., y FREELAND, S., “Article II”, en HOBE, S., SCHMIDT-TEDD, B., y SCHROGL, K. (eds.), *Cologne Commentary on Space Law. Volume 1: Outer Space Treaty*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, p. 55; POP, V., “Appropriation in Outer Space: The Relationship Between Land Ownership and Sovereignty on the Celestial Bodies”, *Space Policy*, vol. 16, núm. 4, 2000, pp. 275-282.

14 Artículo II del Tratado del Espacio.

15 Se puede acceder a estos a través del siguiente enlace: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/travaux-preparatoires/outerspacetreaty.html>.

celestes. Por ejemplo, la delegación belga ante la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (en adelante, COPUOS, por sus siglas en inglés), afirmó que había tomado nota de la interpretación de “no apropiación”, que había sido adelantada por otras delegaciones aparentemente sin contradicción, como un término que comprendía tanto el establecimiento de soberanía como la creación de títulos de propiedad en derecho privado¹⁶. En el mismo sentido, la delegación francesa declaró que se había confirmado como principio básico la prohibición de proclamar tanto derechos de soberanía como de propiedad en el espacio ultraterrestre¹⁷.

Sin embargo, otros Estados como Brasil¹⁸, Chile¹⁹, Japón²⁰ o Países Bajos²¹ hicieron referencia al principio de no apropiación como una disposición cuyo fin era prevenir el colonialismo en el espacio ultraterrestre, lo cual sugiere, según Lee, que para estos Estados el principio de no apropiación solo hacía referencia a las reivindicaciones soberanas en el espacio ultraterrestre²². No obstante, el autor aclara que un examen detallado de los *travaux préparatoires* pone de manifiesto que ningún Estado declaró afirmativamente que el artículo II del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre no se extendiera ni debiera extenderse para prohibir los derechos de propiedad de particulares sobre los cuerpos celestes.

A este respecto, Goedhuis defiende que un estudio de los *travaux préparatoires* del Tratado del Espacio muestra con claridad que los redactores del principio de no apropiación nunca pretendieron que este principio se eludiera permitiendo a entidades privadas apropiarse de zonas de la Luna y otros cuerpos celestes²³.

En el mismo sentido, Christol entiende que de los *travaux préparatoires* del Tratado del Espacio se desprende que la frase “ni de ninguna otra manera” (“by any other means”) fue concebida para imponer a los individuos y entidades privadas las mismas restricciones que a los Estados, de modo que el principio de no apropiación les sería de aplicación²⁴.

En cambio, Hobe, aunque coincide en que podría considerarse que la frase “by any other means” extiende el principio de no apropiación a las entidades privadas, opina que es bastante cuestionable debido a dos motivos: en primer lugar, la vaga redacción del artículo; y, en segundo lugar, la ambigüedad de las declaraciones vertidas por los Estados en los *travaux préparatoire*, ya que, aunque de las negociaciones se desprende con claridad que los redac-

16 Summary Record of the seventy-first meeting, COPUOS, Legal Sub-Committee, fifth Session, Doc. A/AC.105/C.2/SR.71 and Add.1, p. 7 (1966).

17 UNGA Twenty-first Session, Official Records, First Committee, 1492nd Meeting, A/C.1/SR.1492, p. 429.

18 UNGA Twenty-first Session, Official Records, First Committee, 1492nd Meeting, A/C.1/SR.1492, p. 432.

19 *Ibidem*.

20 UNGA Twenty-first Session, Official Records, First Committee, 1492nd Meeting, A/C.1/SR.1492, p. 439.

21 UNGA Twenty-first Session, Official Records, First Committee, 1492nd Meeting, A/C.1/SR.1492, p. 440.

22 LEE, R.J., *Law and Regulation of Commercial Mining of Minerals in Outer Space*, Springer, Berlin, 2012, pp. 170-171.

23 GOEDHUIS, D., “Legal Aspects of the Utilization of Outer Space”, *Netherlands International Law Review*, núm. 17, 1970, p. 36.

24 CHRISTOL, C.Q., “Article 2 of the 1967 Principles Treaty Revisited”, *Annals of Air and Space Law*, 1984, p. 263.

tores querían prohibir cualquier título de apropiación soberana en el espacio, no le queda tan claro si su deseo era el mismo en relación con los títulos de derecho privado²⁵.

De esta forma, aunque la mayoría de los autores entiende que un estudio de los *travaux préparatoires* en relación con la extensión del principio de no apropiación lleva a concluir que, en efecto, los títulos de propiedad privada estarían prohibidos de acuerdo con dicho principio, parece necesario hacer un repaso de la doctrina más relevante al respecto, ya que no todos los autores coinciden en que la intención de los Estados en los *travaux préparatoires* sea tan clara al respecto.

Por una parte, existe una minoría de autores que, en base a un análisis textual del artículo II, defienden que la prohibición de apropiación en el espacio ultraterrestre es únicamente exigible a los Estados, puesto que son estos a los que *expressis verbis* se menciona. A este respecto, Gorove subrayó que debido a la redacción del artículo II, solo se podría concluir que se prohíbe la apropiación nacional, mas no la apropiación de actores privados o incluso de organizaciones internacionales²⁶.

Esta opinión es compartida por Fountain, quien añade lo siguiente:

“*The Outer Space Treaty only bans national appropriation of celestial bodies. It does not specifically mention (...) or prohibit appropriation by private industry*”²⁷ (énfasis añadido).

De igual modo, White defiende que no deben confundirse los conceptos de “soberanía” y “propiedad”, afirmando que:

“*Article II of the Outer Space Treaty prohibits territorial sovereignty but does not prohibit private appropriation. Hence, private entities may appropriate area in outer space or on a celestial body, although states may not*”²⁸ (énfasis añadido).

Asimismo, existen autores como Wasser y Jobes²⁹ que para fundamentar la inaplicabilidad del principio de no apropiación a los actores privados, aluden a la máxima interpretativa de origen romano *expressio unius (est) exclusio alterius*³⁰, en base a la cual, al interpretar las normas,

25 HOBE, S., “Adequacy of the Current Legal and Regulatory Framework Relating to the Extraction and Appropriation of Natural Resources”, en Institute of Air and Space Law, Faculty of Law, McGill University & International Institute of Space Law (orgs.), *Workshop Proceedings*, Center for Research of Air and Space Law of McGill University, Montreal, 2007, pp. 206-207.

26 GOROVE, S., “Interpreting Article II of the Outer Space Treaty”, *Fordham Law Review*, vol. 37, núm. 3, 1969, p. 351.

27 FOUNTAIN, L.M., “Creating momentum in space: ending the paralysis produced by the common heritage of mankind doctrine”, *Connecticut Law Review*, vol. 35, 2003, p. 1777, nota 156.

28 WHITE, W.N., “Real Property Rights in Outer Space”, en *Proceedings of the 40th Colloquium on the Law of Outer Space*, American Institute of Aeronautics and Astronautics, Reston, 1998, p. 378.

29 WASSER, A., y JOBES, D., “Space Settlements, Property Rights, and International Law: Could a Lunar Settlement Claim the Lunar Real Estate It Needs to Survive”, *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 73, núm. 1, 2008, p. 47.

30 Sobre su aplicabilidad y estatus en derecho internacional, véase: SENEGACNIK, A., “Expressio Unius (Est) Exclusio Alterius”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2018, pp. 1-12.

debemos presumir que, lo que no se ha mencionado expresamente, se ha excluido deliberadamente.

Por otra parte, la gran mayoría de la doctrina entiende que el principio de no apropiación en el espacio ultraterrestre afecta a todos los actores espaciales, incluidos, por tanto, los actores privados³¹.

Para argumentar la sujeción de los actores privados al principio de no apropiación, la mayoría de los autores suele aludir a la expresión final del artículo II, “ni de ninguna otra manera”, la cual consideran que tiene un carácter omnicompreensivo, el cual abarca todas las posibilidades de apropiación en el espacio ultraterrestre, incluida la apropiación privada.

Así lo afirman, entre otros, Freeland y Jakhu:

“Further support for the suggestion that private entities are also covered by the prohibitions contained in Article II of the Outer Space Treaty can be found in the use of the words ‘or by any other means’ at the end of the provision (...) As noted above, *this expression represents a ‘catch all’ phrase designed to ensure that there are no other methods, not involving a claim of sovereignty, a use or occupation, giving rise to national appropriation in the sense it is used in Article II*³² (énfasis añadido).

En la misma línea se encuentra Gangale, quien defiende que la expresión final “ni de ninguna otra manera” alcanza a los títulos de propiedad privados, afirmando además que la expresión “apropiación nacional” debe entenderse en un sentido muy amplio que incluye no solo a los Estados, sino a todos los actores espaciales. De esta forma, se muestra muy crítico con los autores que afirman que los actores privados no se encuentran sujetos al principio de no apropiación por el simple hecho de no ser mencionados explícitamente en el artículo II, encontrando esta ausencia como algo deseable, ya que, de lo contrario, estaríamos ante una reiteración innecesaria³³.

De igual modo, otros autores defienden que la prohibición de apropiación nacional implica necesariamente la prohibición de la apropiación privada en tanto en cuanto esta última no puede existir independientemente de la primera, siendo necesaria la existencia de un Estado que proteja esos títulos privados de propiedad. Esta es la postura de Pop:

“Another reason that may be invoked when affirming *that prohibition of national appropriation implies prohibition of private appropriation* is the position according to which *private appropriation cannot exist independently from State appropriation*. When appropriating a previously unoccupied land, one does so necessarily on behalf of a State”³⁴ (énfasis añadido).

31 Por ejemplo, Faramiñán Gilbert, quien afirma que: “el derecho del espacio se fundamenta sobre dos grandes principios: el de libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre y el *de no apropiación de ese espacio por ninguna entidad estatal o no estatal, persona física o jurídica*” (énfasis añadido). Véase: FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., *Las controvertidas cuestiones sobre la minería espacial: Lagunas jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre*, Kinnamon, Santa Cruz de Tenerife, 2020, p. 48.

32 JAKHU, R.S., y FREELAND, S., “Article II...”, *op.cit.*, pp. 52-54.

33 GANGALE, T., *The development of...*, *op.cit.*, p. 35.

34 POP, V., “Appropriation in Outer...”, *op.cit.*, p. 277.

En este sentido se ha pronunciado también la Junta Directiva del Instituto Internacional de Derecho Espacial (en adelante, IISL, por sus siglas en inglés), en cuya opinión las teorías que defienden la posibilidad de que los actores privados puedan obtener derechos de propiedad en el espacio ultraterrestre decaen, ya que, al no existir jurisdicción territorial en el espacio ultraterrestre ni en los cuerpos celestes, no puede existir propiedad privada, pues esto presupondría la existencia de un soberano territorial competente para otorgar tales títulos de propiedad³⁵.

Asimismo, los autores defensores de esta postura también suelen aludir al artículo VI del Tratado del Espacio³⁶. Así, Salmeri defiende que, teniendo en cuenta que de acuerdo con este artículo, los Estados Parte deben autorizar y fiscalizar las actividades de sus entidades no gubernamentales, además de garantizar que sus actividades cumplan con las disposiciones del Tratado del Espacio (siendo responsables internacionalmente por dichas actuaciones u omisiones), estos no pueden autorizar a sus entidades privadas a realizar actividades que ellos mismos tienen prohibido³⁷. De lo contrario, resultaría en una paradójica situación en la que las entidades privadas gozarían de una libertad de exploración y utilización mayor que la de los Estados.

Esta es una idea que ya adelantó Jenks cuando analizó el texto casi idéntico al Tratado del Espacio, la Declaración de principios jurídicos de 1963³⁸:

“The Declaration itself provides that *States bear international responsibility for national activities in space*; it follows that *what is forbidden to a State is not permitted to a chartered company created by a State or to one of its nationals acting as a private adventurer*”³⁹ (énfasis añadido).

35 International institute of Space Law, Statement of the Board of Directors of the International Institute of Space Law (IISL). Disponible en: <https://iislweb.space/wp-content/uploads/2020/01/Statement-BoD.pdf>.

36 Artículo VI del Tratado del Espacio: “*Los Estados Partes en el Tratado serán responsables internacionalmente de las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, y deberán asegurar que dichas actividades se efectúen en conformidad con las disposiciones del presente Tratado. Las actividades de las entidades no gubernamentales en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, deberán ser autorizadas y fiscalizadas constantemente por el pertinente Estado Parte en el Tratado. Cuando se trate de actividades que realiza en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, una organización internacional, la responsable en cuanto al presente Tratado corresponderá a esa organización internacional y a los Estados Partes en el Tratado que pertenecen a ella*” (énfasis añadido). Sobre el mismo, véanse: GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional...*, op.cit., pp. 37-49; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El espacio ultraterrestre...*, op.cit., pp. 77-93.

37 SALMERI, A., *The Multi-level Governance of Space Mining*, Kluwer Law International, The Hague, 2023, p. 59.

38 En concreto, el principio 5º, que decía así: “Los Estados serán responsables internacionalmente de las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, así como de asegurar la observancia, en la ejecución de esas actividades nacionales, de los principios enunciados en la presente Declaración. Las actividades de entidades no gubernamentales en el espacio ultraterrestre deberán ser autorizadas y vigiladas constantemente por el Estado interesado. Cuando se trate de actividades que realice en el espacio ultraterrestre una organización internacional, la responsabilidad en cuanto a la aplicación de los principios proclamados en la presente Declaración corresponderá a esa organización internacional y a los Estados que forman parte de ella”. Véase *supra* nota 36.

39 JENKS, C.W., *Space Law*, Praeger, Westport, 1965, p. 201.

Por último, autores como Sprankling recuerdan que, si los actores privados pudieran adquirir lotes de propiedad en la Luna u otros cuerpos celestes, difícilmente se podría cumplir con la “libertad de acceso a todas las regiones de los cuerpos celestes” garantizada en el artículo I, párrafo II del Tratado del Espacio⁴⁰, puesto que, como es obvio, aquellos que ejercieran los títulos de propiedad sobre parcelas del espacio ultraterrestre o sus cuerpos celestes podrían impedir el paso a terceros.

En nuestra opinión, consideramos que la opinión de la doctrina moderna, que apoya unánimemente la extensión de la prohibición de apropiación del espacio y sus cuerpos celestes al resto de actores espaciales, es la más lógica, ya que no parece correcto tratar de interpretar un artículo de manera aislada, sin tener en cuenta el resto de disposiciones del tratado, que, en este caso, nos hace ver con claridad que todos los posibles actores espaciales se ven sujetos a dicha prohibición.

En lo relativo a los entes privado, hay que observar, como ya ha sido mencionado, el artículo VI del Tratado del Espacio, el cual impone a los Estados la obligación de fiscalizar y autorizar todas las actividades espaciales que lleven a cabo sus particulares, lo cual hace que, de conformidad con el principio general del derecho *nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet* omo⁴¹ los Estados no puedan transferir a sus particulares más derechos de los que ellos mismos tienen, y, en este caso, es indiscutible que los Estados no pueden ejercer derechos de soberanía apropiándose del espacio ultraterrestre o sus cuerpos celestes.

En lo que se refiere a la extensión de la prohibición de ejercicios de soberanía en el espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes a las organizaciones internacionales, encontramos su fundamento jurídico en el párrafo primero del artículo XIII, en el cual se establece con claridad que las disposiciones del Tratado del Espacio, y, por tanto la prohibición de apropiación nacional del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, se aplica de igual forma a las actividades espaciales que lleven a cabo los Estados “incluso cuando se efectúen dentro del marco de organizaciones intergubernamentales internacionales”.

2. ¿Se encuentran afectados los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes por el principio de no apropiación?

Claramente, el artículo II no hace referencia alguna a los recursos naturales del espacio ultraterrestre. ¿Significa esto que estos se ven excluidos del alcance del principio de no apropiación? Si acudimos a los *travaux préparatoires*, no se observa que se hicieran declaraciones en las que se afirmara o negara la posibilidad de adquirir títulos de propiedad privada sobre los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes. Sin embargo, hubo una

40 SPRANKLING, J.G., *The International Law of Property*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 179.

41 Principio general del Derecho que, básicamente, consiste en que “nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga”. Véanse, por ejemplo: SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V., “La regla ‘nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet’”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 29, 2017, pp 1-15; RODRÍGUEZ DIEZ, J.E., “Origen y evolución de la regla ‘nemo plus iuris’”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 37, 2015, pp. 357-375.

declaración por parte de Mr. Deleau, representante francés ante la COPUOS, en la que solicitó la aclaración del término “utilización” tal y como se incluye en el Tratado del Espacio, preguntando si el mismo contemplaba la explotación, en el sentido de poder extraer minerales de la Luna⁴². En referencia a dicho comentario, Mr. Morozov, representante de la URSS ante la COPUOS respondió lo siguiente:

“It was not possible to say everything in one article and he believed that adequate clarification was to be found in article II of the USSR draft, which specified that outer space and celestial bodies should not be subject to national appropriation by means of use or occupation, or by any other means. In other words, no human activity on the moon or any other celestial body could be taken as justification for national appropriation. Needless to say, *a treaty could deal only with the problems arising at the current stage of human evolution, and future developments would give rise to new problems requiring subsequent solution. But it would be unwise to look too far ahead and to attempt to prescribe rules for situations on which it was impossible to form adequate judgement at the present stage*”⁴³ (énfasis añadido).

De esta forma, pareciera que los redactores del Tratado del Espacio se abstuvieron de afirmar o negar la posibilidad de adquirir los recursos naturales de la Luna u otros cuerpos celestes, al considerar que esta era una cuestión que debía abordarse cuando fuera una realidad más próxima. Ante esta situación, la doctrina vuelve a estar dividida, existiendo dos corrientes de pensamiento principales⁴⁴.

Por una parte, se encuentran los que sostienen que el principio de no apropiación no solo es aplicable al espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, sino también a sus recursos naturales. A este respecto, se torna casi imperativo citar, en primer lugar, a Gorove, quien ha sido considerado en la doctrina como uno de los defensores más acérrimos de esta postura. En este sentido, Gorove entiende que el principio de no apropiación afecta a los recursos naturales del espacio ultraterrestre, encontrándose prohibida su apropiación nacional (no está de más recordar que este autor entendía que la prohibición de apropiación nacional no se extendía a entidades privadas u organizaciones internacionales)⁴⁵. Sin embargo, Gorove no circunscribe

42 “Mr. Deleau (France) ‘observed that it was most important to clarify the scope of the treaty. It was quite clear that the treaty was to apply both to the celestial bodies and to outer space, but what type of activity was it to regulate? *The texts referred to exploration and “use”.* Did the latter term imply use for exploration purposes, such as the launching of satellites, or did it mean “use” in the sense of exploitation, which would *involve far more complex issues?* Space, of course, was already being used for meteorological research and telecommunications, but in the case of celestial bodies it was hard at present to conceive of utilizing the moon, say, *for the extraction of minerals.* It was important for all States, and not only those engaged in space exploration, to know exactly what was meant by the term “use”. The word was, of course, to be found in the declaration of Principles, but the latter was by no means exhaustive and should not preclude further textual improvements” (énfasis añadido). Summary Record of the sixty-third meeting, COPUOS, Legal Sub-Committee, fifth Session, A/AC.105/C.2/SR.63 20 October 1966, p. 8.

43 *Ibidem*, pp. 10-11.

44 TRONCHETTI, F., *The Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies: A Proposal for a Legal Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 31-32.

45 Véase *supra* nota 26.

esta prohibición a todos los recursos naturales del espacio ultraterrestre, sino que hace una doble diferenciación en función de su naturaleza y su ubicación.

En lo que respecta al primer elemento, diferencia entre los recursos de disponibilidad limitada (minerales, metales, agua, polvo etc.) y los recursos de disponibilidad ilimitada (rayos cósmicos, gases etc.); los primeros estarían sujetos a la prohibición de apropiación nacional, pero los segundos no⁴⁶.

En lo que respecta al segundo elemento, diferencia entre los recursos que se encuentran en el espacio ultraterrestre y los que se introducen en la Tierra, pasando a formar parte de la misma. Sobre los primeros no hace mención, centrándose en los segundos, diferenciando entre aquellos que acceden de manera natural a la Tierra (caída de un meteorito), y aquellos que acceden por la intervención humana (metal precioso traído a la Tierra desde el espacio ultraterrestre), donde los primeros podrían ser objeto de apropiación nacional, mientras que los segundos no⁴⁷.

En términos similares a los de Gorove se expresa Brooks⁴⁸, quien argumenta que el principio de no apropiación bien puede entenderse extendido a los recursos naturales del espacio ultraterrestre, puesto que si los redactores hubiesen querido prohibir la apropiación del espacio ultraterrestre solo en un sentido territorial, excluyendo así sus recursos naturales, podrían haberlo establecido específicamente, tal y como se hizo en el Tratado Antártico, en el que se prohibieron específicamente las reivindicaciones de soberanía territorial pero se congeló el *statu quo* de los recursos naturales, dejando abierta la cuestión de su apropiación⁴⁹. Asimismo, el autor entiende que la frase final del artículo “ni de ninguna otra manera” incluye cualquier residuo del derecho internacional que se aplique a la apropiación nacional, sin tener limitación alguna.

No obstante, Brooks añade que es demasiado decir que no puedan crearse derechos de ningún tipo sobre los recursos naturales del espacio ultraterrestre, de manera que un Estado podría utilizar y llevarse una cantidad de estos recursos cuando tengan por objeto la recopilación de información y conocimientos científicos, o cuando no se diera una “apropiación” en sí, esto es, por ejemplo, cuando se utilicen recursos autóctonos cercanos para el funcionamiento de las actividades que se lleven a cabo en la superficie de los cuerpos celestes (por ejemplo, la utilización de metales, agua o regolito para abastecer las necesidades de un campamento en la Luna), o cuando se utilicen recursos de naturaleza cuasi infinita (viento solar, gravedad, radiación etc.)⁵⁰.

46 GOROVE, S., “Interpreting Article II...”, *op.cit.*, pp. 350-351.

47 *Ibidem*.

48 BROOKS, E., “Control and Use of Planetary Resources”, en *Proceedings of the 11 th Colloquium on the Law of Outer Space*, American Institute of Aeronautics and Astronautics, Reston, 1969, pp. 339-351.

49 El apartado segundo del artículo IV del Tratado Antártico dice así: “Ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras el presente Tratado se halle en vigencia constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en la Antártida, ni para crear derechos de soberanía en esta región. No se harán nuevas reclamaciones de soberanía territorial en la Antártida, ni se ampliarán las reclamaciones anteriormente hechas valer, mientras el presente Tratado se halle en vigencia”.

50 BROOKS, E., “Control and...”, *op.cit.*, pp. 346-348.

Esta corriente seguida por Gorove y Brooks también encuentra apoyo en Markoff, quien además hace referencia a la ausencia de soberanía nacional en el espacio ultraterrestre, sin la cual entiende que no puede concebirse ningún tipo de apropiación en el espacio ultraterrestre, incluida la de los recursos naturales que ahí se encuentran⁵¹.

Por último, Cocca defendía que el Tratado del Espacio prohíbe totalmente la apropiación de recursos naturales del espacio ultraterrestre. De este modo, solo la humanidad, quien según el autor tiene personalidad jurídica propia⁵², podría llegar a utilizar estos recursos. En este sentido, Cocca subrayaba la importancia de crear una organización internacional en cuyo seno se formara una agencia especializada que, legítimamente, se encargara de la administración de estos recursos, propiedad de la humanidad en su conjunto⁵³.

En la posición contraria, se encuentran los que defienden que el principio de no apropiación se aplica al espacio ultraterrestre en su conjunto, pero no a sus recursos naturales en particular, cuya explotación se vería contemplada por la libertad de exploración y utilización del artículo I del Tratado del Espacio. Por una parte, Cheng defiende que la apropiación de recursos naturales del espacio ultraterrestre y de los cuerpos celestes forma parte de la libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre reconocida en el párrafo segundo del artículo I del Tratado del Espacio, en analogía a las reglas que rigen la alta mar, donde los Estados y sus nacionales pueden explotar sus recursos sin posibilidad de adquirir soberanía alguna sobre dichos espacios⁵⁴.

En parecidos términos se expresa Christol, quien entiende que la exploración, utilización y explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre se encuentra comprendida en la libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre del artículo I. Sin embargo, matiza su postura y diferencia entre explotación “exclusiva e inclusiva”.

51 MARKOFF, M.G., “Space Resources and the Scope of the Prohibition in Article II of the 1967 Treaty”, en *Proceedings of the 13 th Colloquium on the Law of Outer Space*, American Institute of Aeronautics and Astronautics, Reston, 1970, pp. 81-83.

52 Véase: COCCA, A., “Mankind as a New Legal Subject”, en *Proceedings of the 13 th Colloquium on the Law of Outer Space*, American Institute of Aeronautics and Astronautics, Reston, 1970, pp. 211-214. Para profundizar en la corriente doctrinal que apoya la personalidad jurídica de la humanidad, véase: CANÇADO TRINDADE, A.A., *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law, 2010, pp. 275-288.

53 COCCA, A.A., “Property rights on the moon and celestial bodies”, en *Proceedings of the 39 th colloquium on the law of outer space*, American Institute of Aeronautics and Astronautics, Reston, 1996, p. 11. La necesidad de crear un organismo internacional del espacio ha sido ampliamente desarrollada por Faramiñán Gilbert, quien ha denunciado en varias ocasiones que “el uso pacífico del espacio ultraterrestre requiere cada vez más de un control internacional que evite que su uso esté exclusivamente en manos de las grandes potencias”. En este sentido, véanse: FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., *Las controvertidas cuestiones...*, *op.cit.*, pp. 128-130; ZANGHÌ, C., y FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., “L’organisation mondiale de l’espace: un défi oublié?”, en KERREST, A. (ed.), *L’adaptation du droit de l’espace à ses nouveaux défis: Liber amicorum. Mélanges en l’honneur de Simone Courteix*, Pedone, Paris, 2007, pp. 161-175; FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., “Vers une Organisation Internationale de l’Espace”, en *Proceedings 11th. ECSL Summer Course on Space Law and Policy*, The European Center for Space Law, Paris, 2002, pp. 136-142.

54 CHENG, B., *Studies in International Space Law*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1997, p. 233.

Con esta diferenciación, el autor quería subrayar que el principio de no apropiación prohíbe la adquisición de derechos exclusivos sobre los recursos naturales del espacio ultraterrestre como un aspecto de la prohibición más amplia contra posibles reclamaciones basadas en nociones de soberanía, ocupación y uso del artículo II, de manera que, la adquisición de estos recursos solo sería posible cuando esta tenga un carácter inclusivo, en el sentido de que esta se haga teniendo en cuenta el beneficio e interés de todos los Estados y la incumbencia de toda la humanidad, dado el carácter de *res communis* y no de *res nullius* del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes⁵⁵.

En la misma órbita se encuentra Hobe, quien considera que el principio de no apropiación afecta exclusivamente a las reivindicaciones territoriales sobre el espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, pero no a sus recursos naturales, los cuales se pueden extraer y apropiarse de conformidad con la libertad de exploración y utilización que caracteriza a estas áreas *res communis*⁵⁶.

Por otro lado, Gal defiende que el principio de no apropiación no es aplicable a los recursos naturales del espacio ultraterrestre, en tanto en cuanto ha existido una práctica estatal protagonizada por EE.UU y la antigua URSS en la que se apropiaron de muestras de la superficie lunar sin oposición internacional. De esta forma, considera que los recursos naturales de los cuerpos celestes tienen un estatuto jurídico distinto al de los cuerpos celestes en sí, considerados *res communis omnium*. De modo que estos serían apropiables siempre y cuando dicha apropiación se haga teniendo debidamente en cuenta los intereses correspondientes de todos los demás Estados, así como de las generaciones presentes y futuras⁵⁷. No obstante, pareciera que Gal no tuvo en cuenta que la apropiación de muestras lunares o de un asteroide con fines de investigación es diferente a la apropiación con otros fines, por ejemplo, comerciales.

IV. LA NATURALEZA LIMITADA O ILIMITADA DE LOS RECURSOS NATURALES DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES COMO ELEMENTO CLAVE PARA SU EXPLOTACIÓN

Del debate doctrinal que hemos sintetizado podemos deducir que, los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes que tengan un carácter renovable, limitado o infinito, cuya explotación pueda darse de manera continuada sin correr el riesgo de ser esquilma- dos, no parece que deban encontrarse sujetos necesariamente al principio de no apropiación del artículo II del Tratado del Espacio dada su naturaleza.

En este caso, nos estamos refiriendo al vacío, la gravedad, la radiación, el viento o la energía solar entre otros, recursos que, tienen un carácter ilimitado o cuasi ilimitado que hace prácti-

55 CHRISTOL, C.Q., *The Modern International Law of Outer Space*, Pergamon Press, Oxford, 1982, p. 252.

56 HOBE, S., "Adequacy of . . .", *op.cit.*, pp. 208-213.

57 GÁL, G., "Acquisition of Property in the Legal Regime of Celestial Bodies", en *Proceedings of the 39 th Colloquium on the Law of Outer Space*, American Institute of Aeronautics and Astronautics, Reston, 1996, p. 48.

amente imposible su apropiación por los diferentes actores espaciales, en el sentido de que estos impidan a otros actores espaciales la posibilidad de utilizarlos del mismo modo⁵⁸.

Por tanto, dada la imposibilidad de apropiarse de aquello que tiene un carácter inagotable, ilimitado, o cuasi infinito, no parece existir duda alguna en la doctrina a la hora de afirmar que los actores espaciales pueden explotar estos recursos, en tanto en cuanto cualquier prohibición en el uso de este tipo de recursos “would be against reason and common sense”⁵⁹. No obstante, al igual que cualquier otra actividad espacial, la explotación de estos recursos deberá cumplir con el resto de disposiciones de los diferentes tratados internacionales en la materia, así como lo establecido por el derecho internacional general.

Como excepción a este planteamiento, debemos mencionar un supuesto bastante particular, en el que, si bien estamos ante un recurso de carácter inagotable, se ha restringido su explotación.

Nos referimos a las órbitas terrestres, las cuales constituyen una parte intrínseca del espacio ultraterrestre⁶⁰, y, como tal, forman parte del infinito vacío del espacio, cuya explotación no implica su agotamiento. Sin embargo, aun cuando su explotación no implica la desaparición de estas, sí que tienen carácter limitado, en tanto en cuanto existe un límite de satélites que dichas órbitas pueden albergar, especialmente la órbita geoestacionaria, cuyos beneficios para las telecomunicaciones son enormes. Debido a su carácter potencialmente limitado, y el rol tan importante que juegan para la comunidad internacional, las órbitas terrestres tienen la consideración de recursos naturales limitados⁶¹, cuya gestión se encuentra a cargo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, UIT).

De esta forma, las órbitas terrestres como recursos constituirían una excepción a nuestro planteamiento, ya que, aunque su naturaleza sea la de vacío espacial de carácter inagotable y, por tanto, libre de explotar sin restricciones, la comunidad internacional le ha otorgado un estatuto privilegiado por el papel esencial que desempeña, estableciendo un procedimiento a seguir para una explotación equitativa de estos recursos de carácter inagotable pero limitados a cargo de la UIT.

Sirviendo como precedente, podría suceder que en el futuro nos encontráramos con situaciones similares, donde un recurso que es inagotable o infinito, y de explotación libre, se acaba restringiendo debido a su especial interés para la comunidad internacional o por la posición estratégica que juega. Un ejemplo podría ser la explotación de la energía solar desde determinadas zonas del espacio “cislunar”⁶² que, debido a su ubicación, permitirían transmitir dicha

58 La RAE define apropiación como “acción y efecto de apropiar o apropiarse”, a la vez que define apropiar como “hacer algo propio de alguien”, y propio como “que pertenece de manera exclusiva a alguien”. Teniendo en cuenta el camino que nos marca la propia RAE, definimos la apropiación de dicha forma.

59 GOROVE, S., “Solar Energy and Space Law”, *The International Lawyer*, vol. 10, núm. 3, 1976, p. 534.

60 DE MAN, P., “Rights over Areas vs Resources in Outer Space: What’s the Use of Orbital Slots?”, *Journal of Space Law*, vol. 38, núm. 1, 2012, p. 41.

61 Véase *supra* nota 12. Sobre la importancia de la órbita sincrónica o geoestacionaria en particular, véase: MERCHAN, J., *Derecho Internacional del Espacio. Teoría y Política*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 503-566.

62 Entendiendo como tal la región del espacio que existe entre la Tierra y la Luna, incluyendo las órbitas lunares. Véase: AZCÁRATE ORTEGA, A., y SAMSON, V., *A Lexicon for Outer space Security*, UNIDIR, Geneva, 2023, p. 19.

energía a la Tierra de manera más rápida y eficiente. En este caso estaríamos en términos similares, ante una zona del infinito vacío espacial, libre exploración y explotación, que, debido a su carácter estratégico acaba considerándose como recurso limitado y se somete a un régimen especial.

Dicho esto, debemos subrayar que el debate se encuentra principalmente en aquellos recursos como los minerales, el agua, el regolito lunar o el helio-3, que son consumibles y no son fácilmente reemplazables a corto plazo debido a sus tasas de formación o a su disponibilidad limitada, implicando que su explotación pueda suponer su eventual extinción o agotamiento. En este sentido, nos encontramos con que, al menos en dos supuestos, es innegable la posibilidad de explotarlos.

El primero de estos supuestos es el de la explotación de estos recursos con fines científicos, en tanto en cuanto existe una arraigada práctica estatal en torno a la explotación y la posterior adquisición de tales recursos con fines de investigación. A título ilustrativo, Estados Unidos ha culminado con éxito la recolección de un total de 382 kilogramos de muestras procedentes de la superficie lunar, englobando rocas, regolito y suelo, por medio de las siete misiones tripuladas de extracción de muestras efectuadas entre enero de 1969 y diciembre de 1972. De hecho, tenemos un ejemplo muy reciente, ya que la misión Osiris-rex (2023), dirigida por la NASA, culminó el pasado septiembre, transportando de vuelta a la Tierra alrededor de 250 gramos de muestras del asteroide Bennu, los cuales serán analizados con el objetivo de investigar cómo se formaron los planetas y cómo comenzó la vida, así como mejorar nuestra comprensión de los asteroides que podrían impactar contra la Tierra⁶³.

De manera semejante, la extinta URSS recolectó 326 gramos de muestras procedentes de diversos cuerpos celestes, en el periodo comprendido entre enero de 1969 y agosto de 1976⁶⁴.

Asimismo, en los últimos tiempos se han llevado a cabo misiones exitosas que han recolectado muestras de cuerpos celestes con fines científicos, como es el caso de Japón, quien a través de sus misiones Hayabusa (2010)⁶⁵ y Hayabusa2 (2020)⁶⁶ ha recolectado cientos de miligramos de partículas de los asteroides Itokawa y Ryugu respectivamente.

Del mismo modo, China ha adquirido exitosamente 1.731 kg de regolito lunar a través de su misión Chang'e-5 (2020)⁶⁷.

La recolección de estos recursos por parte de los Estados mencionados se ha llevado a cabo sin la oposición expresa de ningún tercer Estado, lo cual es prueba de que, tal y como apunta Tronchetti, existe un consenso general sobre la idea de que los Estados tienen derecho a extraer, analizar y utilizar (explotación) los recursos de la Luna y otros cuerpos celestes con fines científicos, puesto que, aunque en el Tratado del Espacio no se hace una referencia explícita

63 Véase: <https://science.nasa.gov/mission/osiris-rex/>.

64 HALDAR, S.K., *Introduction to Mineralogy and Petrology: Second Edition*, Elsevier, Amsterdam, 2020, p. 105.

65 Véase: <https://curator.jsc.nasa.gov/hayabusa/>.

66 Véase: <https://solarsystem.nasa.gov/missions/hayabusa-2/in-depth/>.

67 Véase: <https://nssdc.gsfc.nasa.gov/nmc/spacecraft/display.action?id=2020-087A>.

a esa explotación, esta se deriva de la libertad de investigación científica del artículo 1.3 del Tratado del Espacio⁶⁸.

En segundo lugar, nos referimos a la explotación de recursos no renovables, agotables o de carácter limitado con el propósito de atender las necesidades de las colonias habitadas que se establezcan en el espacio ultraterrestre o sus cuerpos celestes. La posibilidad de establecer colonias habitadas en los cuerpos celestes es algo que se deriva del artículo XII del Tratado del Espacio, en el que se establece que:

“Todas las estaciones, instalaciones, equipo y vehículos espaciales situados en la Luna y otros cuerpos celestes serán accesibles a los representantes de otros Estados Parte en el presente Tratado, sobre la base de reciprocidad. Dichos representantes notificarán con antelación razonable su intención de hacer una visita, a fin de permitir celebrar las consultas que procedan y adoptar un máximo de precauciones para velar por la seguridad y evitar toda perturbación del funcionamiento normal de la instalación visitada”.

La terminología empleada en el tratado, específicamente los términos “estaciones” e “instalaciones”, no se encuentra definida de manera precisa. Como resultado, estos términos deben interpretarse en su sentido más amplio, lo que implica que podrían englobar tanto estructuras destinadas a la vida humana como orientadas a la recolección de información científica o la explotación de recursos⁶⁹. Independientemente de sus objetivos, la implementación de estaciones e instalaciones en la superficie de los cuerpos celestes inevitablemente conllevará la presencia humana, ya sea de forma temporal o continuada. En este sentido, los individuos alojados tendrán necesidades básicas que deben ser atendidas, lo cual, a su vez, podría requerir la explotación de recursos presentes en las proximidades de dichas instalaciones e instalaciones. Por ejemplo, dado que transportar grandes cantidades de agua desde la Tierra sería muy costoso y poco práctico, la obtención de recursos hídricos presentes en la Luna o en ciertos asteroides, sería crucial para asegurar el necesario suministro constante de agua a estos individuos. Asimismo, la explotación de minerales de zonas aledañas podría ser necesaria para el mantenimiento de las infraestructuras que respaldan a estos individuos, las cuales se encontrarían en condiciones extremas (debido a, entre otras circunstancias, la constante radiación solar sin la protección de una atmósfera densa) que demandarían un suministro constante de estos materiales.

Esto nos lleva a la conclusión de que, en base al artículo XII del Tratado del Espacio, la explotación de estos recursos está implícitamente permitida, siempre que esta sea imperativa para la continuidad operativa y el sustento de las estaciones e instalaciones. Esto es algo que, incluso autores como Brooks, defensor de la aplicación del principio de no apropiación a este tipo de recursos, subraya:

“All nearby native resources required for the Operation of the space station — metals, water, dust — are susceptible to consumption for local needs”⁷⁰.

68 TRONCHETTI, F., *The Exploitation of...*, *op.cit.*, p. 234.

69 SMITH, L.J., “Article XII”, en HOBE, S., SCHMIDT-TEDD, B., y SCHROGL, K. (eds.), *Cologne Commentary on Space Law. Volume 1: Outer Space Treaty*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2009, p. 209.

70 BROOKS, E., “Control and...”, *op.cit.*, p. 346.

En consecuencia, la explotación de los recursos naturales que tengan un carácter limitado, escaso, agotable o no renovable con fines distintos a los mencionados (por ejemplo económicos o industriales), generaría controversia, dado el vacío jurídico existente en el Tratado del Espacio sobre su legalidad y la falta de consenso existente. De esta forma, la única solución parece ser acudir a la práctica ulterior seguida por los Estados en relación con el artículo II y el alcance que el principio de no apropiación tiene sobre los recursos que revisten estas características.

V. EL PRINCIPIO DE NO APROPIACIÓN EN RELACIÓN CON LOS RECURSOS NATURALES LIMITADOS DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y SUS CUERPOS CELESTES A LA LUZ DE LA PRÁCTICA ULTERIOR

Como ya adelantábamos, aún en la actualidad, la doctrina no ha llegado a un acuerdo en relación a la posibilidad de utilizar los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes.

Debido a la falta de consenso doctrinal, y la imposibilidad de determinar el alcance del principio de no apropiación en relación con los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes teniendo en cuenta el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del artículo II en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, es necesario seguir con los mecanismos que ofrece la regla general de interpretación, de manera que acudiremos a los medios de interpretación auténticos que se recogen en el artículo 31.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT)⁷¹.

Es cierto que el Tratado del Espacio entró en vigor en 1967, 13 años antes de que la CDVDT lo hiciera, sin embargo, ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia de diversos tribunales internacionales la naturaleza consuetudinaria de la regla general y demás medios de interpretación de los tratados contenidas en los artículos 31 y 32 de la CVDT⁷². Por ello, tanto

71 La CDI ha reconocido los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios de interpretación auténticos que han de tenerse en cuenta en la interpretación de los tratados. Véase: Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, Informe de Georg Nolte, Relator Especial, Proyecto de conclusión 2. Doc. A/CN.4/660, p.31.

72 Véanse: ICJ, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgement of 20 April 2010*, párr. 64; ICJ, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgement of 26 February 2007*, párr. 160; ICJ, *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Judgment of 31 March 2004*, párr. 83; ICJ, *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *Judgement of 17 December 2002*, párr. 37; ICJ, *Lagrand Case (Germany v. United States of America)*, *Judgment of 27 June 2001*, párr. 99; ICJ, *Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *Judgment of 13 December 1999*, párr. 18; ICJ, *Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, *Jurisdiction and Admissibility Judgment of 15 February 1995*, párr. 33; ICJ, *Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *Judgement of 3 February 1994*, párr. 41; ITLOS, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area (Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Disputes Chamber) List of Cases: N° 17, Advisory Opinion of 1 February 2011*, párr. 57; PCA, *Award in*

los acuerdos ulteriores como la práctica ulterior, pueden y deben ser tenidos en cuenta para interpretar el Tratado del Espacio, en concreto, su artículo II en relación con el alcance de la prohibición de apropiación sobre los recursos naturales del espacio ultraterrestre.

1. Los Acuerdos Artemisa y el artículo II del Tratado del Espacio

Los Acuerdos Artemisa (Artemis Accords) constituyen un conjunto de principios para la cooperación en la exploración y utilización civiles de la Luna, Marte, cometas y asteroides con fines pacíficos, promovidos por EE.UU. en el marco de su Programa Artemis, a través del cual pretenden construir un puesto de avanzada permanente en la Luna, que incluye una estación orbital específica (Gateway) y un asentamiento lunar autosuficiente (Moon Base Camp). En la actualidad cuentan con 31 Estados signatarios, entre los que se encuentran potencias espaciales como la India, Japón, Canadá, Reino Unido, Australia, Alemania, Francia o España⁷³.

Los Acuerdos Artemisa carecen de la consideración de tratado internacional, ya que, por una parte, existe una postura uniforme por parte de los Estados signatarios a la hora de considerarlos como jurídicamente no vinculantes, y, por otra parte, del análisis del sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, teniendo en cuenta su objeto y fin, considerando no solo el texto, sino también su preámbulo, se desprende con claridad su falta de compromiso jurídico (por ejemplo, los Acuerdos Artemisa no son registrables conforme al artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, de conformidad con lo establecido en el apartado segundo de su sección 13)⁷⁴. Por tanto, su naturaleza es la de unos acuerdos políticos jurídicamente no vinculantes (non-binding agreements) que se celebran de manera bilateral entre EE.UU. y el Estado correspondiente⁷⁵.

En este sentido, los Acuerdos Artemisa se presentan como un instrumento que desea “dar cumplimiento a las disposiciones del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre”⁷⁶, haciendo múltiples referencias a dicho tratado a lo largo del texto. A efectos del presente apartado nos interesa

the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Decision of 24 May 2005, párr. 45.

73 Es necesaria y merecida la mención de España como potencia espacial. El pasado 7 de octubre de 2023, con el lanzamiento del Miura 1 desde El Arenosillo (Huelva), España se unió al exclusivo club de Estados con acceso propio al espacio sin depender de terceros. Si bien el cohete se situó a una altura suborbital de 46 kms, lejos aún del espacio ultraterrestre (cuyo comienzo es controvertido pero que se sitúa entre los 80 y los 100 kms), este solo ha sido un vuelo experimental que pretendía validar el diseño y la tecnología que servirán de base para desarrollar el Miura 5, un lanzador orbital con el que la compañía PLD Space pretende alcanzar los 500 kilómetros. Véase: GONZÁLEZ, I., “El éxito del Miura 1 sólo es el principio: así será el cohete español más grande jamás fabricado”, *El Español*, 7 de octubre, 2023. Disponible en: https://www.elespanol.com/omicron/defensa-y-espacio/20231007/exito-miura-solo-principio-cohete-espanol-grande-jamas-fabricado/800170001_0.html.

74 Para un análisis más exhaustivo sobre la naturaleza de los Acuerdos Artemisa, véase: DOMÍNGUEZ-EX-PÓSITO, C., “Los Acuerdos Artemisa ante el Derecho Internacional Espacial”, *Ordine internazionale e diritti umani*, núm. 3, 2023, pp. 531-536.

75 Sobre los llamados “textos políticos”, véase: GUTIÉRREZ ESPADA, C., y CERVELL HORTAL, M. J., *Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 127-129.

76 Preámbulo de los Acuerdos Artemisa.

principalmente el apartado segundo de la Sección 10 de los Acuerdos, puesto que, a diferencia del resto del texto de los Acuerdos Artemisa, que, en su mayoría, se limita a repetir las disposiciones del Tratado del Espacio, incorpora un elemento nuevo, precisamente en relación con el principio de no apropiación y los recursos espaciales:

“The Signatories emphasize that *the extraction and utilization of space resources, including any recovery from the surface or subsurface of the Moon, Mars, comets, or asteroids, should be executed in a manner that complies with the Outer Space Treaty and in support of safe and sustainable space activities. The Signatories affirm that the extraction of space resources does not inherently constitute national appropriation under Article II of the Outer Space Treaty, and that contracts and other legal instruments relating to space resources should be consistent with that Treaty*” (énfasis añadido).

Como podemos observar, a través de la Sección 10, los Estados signatarios ponen de relieve que la extracción de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, y su posterior utilización es posible mientras que se cumpla con las disposiciones del Tratado del Espacio, en tanto en cuanto la extracción de recursos naturales del espacio ultraterrestre no constituye intrínsecamente apropiación nacional de acuerdo con lo establecido en el artículo II del Tratado del Espacio.

Esta afirmación implica que, para los Estados signatarios de los Acuerdos Artemisa, la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes no se considera *per se* una apropiación nacional del sector espacial o cuerpo celeste del que se hayan extraído dichos recursos, siendo por tanto una actividad permitida para cualquier actor espacial que forma parte de la libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes. Además, no solo estarían afirmando la posibilidad de explotar dichos recursos, sino también de destinarlos a distintos fines, incluidos los comerciales, dado que, una vez que fueran extraídos de su lugar de origen, estos pasarían a tener la consideración de *res nullius*, apropiables por el actor espacial en cuestión que se hubiere encargado de su extracción.

Sin embargo, la inclusión del término “inherently”, que en español podríamos traducir como intrínsecamente, genera cierta confusión, ya que, al incluirlo, los Estados aceptan la posibilidad de que, en ciertas ocasiones, la extracción de dichos recursos naturales pueda suponer una apropiación nacional del sector espacial o cuerpo celeste en cuestión.

Por tanto, nos encontramos con una situación peculiar, ya que, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos Artemisa, la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes formaría parte de la libertad de exploración y utilización del Artículo I del Tratado del Espacio, sin embargo, dicha explotación no puede llegar a suponer una apropiación nacional del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, conforme a lo establecido en el artículo II del Tratado del Espacio.

En este punto es importante recordar que el artículo II del Tratado del Espacio establece la prohibición de apropiación nacional del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera. La lógica nos indica que, si la extracción y posterior apropiación se contempla dentro de la libertad de utilización, las ocasiones en que dicha explotación pueda llegar a suponer apropiación nacional lo será por

esa utilización o uso⁷⁷, en tanto en cuanto, la apropiación por reivindicación de soberanía hace referencia a que ningún Estado pueda considerar el espacio ultraterrestre o sus cuerpos celestes parte de su territorio, y la apropiación por ocupación se refiere a unos de los modos tradicionales de adquisición de territorio, donde un Estado puede reivindicar un interés jurídico legítimo en un territorio cuya naturaleza sea la de *terra nullius*, siempre que pueda demostrar que ha ejercido un control efectivo y pacífico de manera continuada sobre el mismo⁷⁸.

Teniendo esto en cuenta, ¿cuándo podría suponer la explotación de recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes una apropiación nacional del sector espacial o cuerpo celeste del que están siendo extraídos y, por tanto, vulnerar la prohibición de apropiación nacional consagrada en el artículo II del Tratado del Espacio?

Los Acuerdos Artemisa no ofrecen respuestas al respecto y se limitan a dejar abierta la posibilidad de que la extracción de recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes pueda llegar a ser una actividad prohibida por el Tratado del Espacio cuando dicha utilización llegue al punto de suponer una apropiación del espacio o cuerpo celeste en cuestión. De esta forma, no sería posible establecer de manera general cuándo la utilización de estos recursos podría derivar en una situación contraria al principio de no apropiación, siendo necesario acudir a cada caso de manera individualizada. A continuación presentaremos algunos ejemplos en los que se puede llegar a crear esta situación:

- Explotación a gran escala y alteración del medio ambiente espacial: Supongamos que un actor espacial realiza extracciones a gran escala que resultan en cambios sustanciales en la topografía, la composición del suelo o la apariencia general del cuerpo celeste en cuestión. Estos cambios pueden ser tan profundos que acaben transformando significativamente la apariencia y las características del cuerpo celeste en comparación con el estado original, anterior a dicha extracción. Esta transformación puede ser tan profunda que la entidad que realiza la extracción esté influyendo en la evolución a largo plazo y dirección futura de ese entorno espacial, ejerciendo así un cierto grado de control o influencia que podría llegar a considerarse una forma de apropiación indirecta, debido a que, al alterar el cuerpo celeste, la entidad habría tomado decisiones que trascienden la mera extracción de recursos y que tienen un impacto duradero en la identidad y el valor intrínseco del cuerpo celeste en cuestión, perteneciente a la comunidad internacional en su conjunto.

77 Es pertinente aclarar que en el artículo I, el término inglés “use”, al referirse a las libertades en el espacio ultraterrestre, se tradujo al español como “utilización”. Sin embargo, en el artículo II, que impone restricciones a esa “utilización”, al establecer la prohibición de apropiación nacional, se traduce como “uso”. Esto crea una disparidad en el lenguaje que, aunque no sea de gran magnitud, ya que en español ambos términos son equivalentes, sí disminuye la precisión de la versión en español. Para los lectores de habla inglesa, se vuelve instantáneamente claro que el artículo II prohíbe apropiarse del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes a través de su “utilización”, la cual a su vez está permitida por el artículo I. Sin embargo, para los lectores de habla española, la conexión entre el primer y segundo artículo del tratado no es tan evidente debido a esta diferencia en la traducción del término “use”. Véase: MORO AGUILAR, R. *et al*, Notas a la traducción al español por los traductores, en HOBE, S., SCHMIDT-TEDD, B., y SCHROGL, K. (eds.), *Comentario de Colonia al Derecho del Espacio: Tratado del Espacio*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 29.

78 JAKHU, R.S., y FREELAND, S., “Article II...”, *op.cit.*, pp. 53-54.

- Establecimiento de infraestructuras permanentes: Imaginemos que un Estado o cualquier otro actor espacial decide establecer una base permanente en la Luna o cualquier otro cuerpo celeste y comienza a extraer recursos a gran escala. Si esta base se construye con una infraestructura considerable y se ejerce un control efectivo y continuo sobre la zona de extracción, este escenario podría plantear debates sobre si se está llevando a cabo una forma indirecta de apropiación. La construcción de una base permanente no solo implica la extracción de recursos, sino también el establecimiento de una presencia continua y activa en el espacio. Esta presencia podría incluir elementos como hábitats, sistemas de soporte vital y tecnologías de extracción y procesamiento. La acumulación de estas actividades podría llevar a una influencia y control significativos sobre la región en cuestión. Si otras naciones no tienen acceso igualitario a las oportunidades de explotación o investigación en esa área de extracción debido al control exclusivo de dicho actor espacial, estaríamos ante una situación, que, *de facto*, equivaldría a una forma de propiedad o apropiación del área del cuerpo celeste en cuestión, aunque no se esté reclamando explícitamente territorio en términos tradicionales.

En conclusión, los Acuerdos Artemisa adoptan una posición concreta en el debate abierto en torno a la posibilidad de utilizar los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes con fines distintos a los de la investigación científica o sustentación de las colonias espaciales, en base a la libertad de exploración y utilización del artículo I del Tratado del Espacio. Esta postura ha sido analizada en las líneas que me preceden, y puede resumirse en que la extracción y posterior apropiación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, está permitida siempre y cuando dicha explotación no suponga una apropiación por uso del cuerpo celeste o sector espacial del que se están extrayendo los recursos en cuestión, y se cumpla con el resto de disposiciones del Tratado del Espacio.

Ahora bien, ¿puede considerarse que la interpretación que hace la sección 10 de los Acuerdos Artemisa sobre el principio de no apropiación y los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes constituye práctica ulterior en relación con el artículo II del Tratado del Espacio?

2. La Sección 10 de los Acuerdos Artemisa como práctica ulterior del artículo II del Tratado del Espacio

Según la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI), la práctica ulterior como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31.3, párrafo b, consiste en “el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado”⁷⁹.

La definición propuesta por la CDI contiene dos elementos claramente identificables: por una parte, la existencia de un comportamiento observado en la aplicación de tratado, después de su

⁷⁹ Informe de la CDI, 65^a período de sesiones, AGNU Sexagésimo octavo período de sesiones, Doc. A/68/10, p. 12.

celebración; y, por otra parte, el reflejo del acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado.

En lo que respecta al primer elemento, el comportamiento al que se hace referencia puede adoptar diversas formas. La CDI ha sido muy flexible a la hora de señalar el contenido de dicho término, estableciendo que abarca tanto acciones como omisiones, sin siquiera limitarse al comportamiento de los órganos estatales, pudiendo incluso comprender el comportamiento de actores privados que actúan en virtud de una autoridad pública delegada⁸⁰. De hecho, la CDI apunta a que basta con que la práctica ulterior sea “concordante, común y coherente” para que pueda observarse como un “modelo discernible” del que inferir la existencia de un acuerdo entre las partes que deba entonces ser tenido en cuenta a efectos de la interpretación del tratado en cuestión⁸¹. Por tanto, dado la amplitud del comportamiento que puede constituir una práctica ulterior y teniendo en cuenta que en la jurisprudencia se encuentran ejemplos de acuerdos políticos (memorandos de entendimiento) que han sido tenidos en cuenta como práctica ulterior con propósitos de interpretación⁸², los Acuerdos Artemisa podrían tener la consideración de comportamiento a efectos de la práctica ulterior.

Ahora bien, ¿puede considerarse que los Acuerdos Artemisa se han realizado en aplicación del Tratado del Espacio?

La CDI entiende que un comportamiento se ha observado en la “aplicación del tratado” cuando a través de dicho comportamiento “se ejercen los derechos o se cumplen las obligaciones que prevé un tratado, plenamente o en parte”⁸³.

A lo largo del texto de los Acuerdos Artemisa nos encontramos múltiples referencias al Tratado del Espacio, en las que se pone de manifiesto la intención de cumplir con las obligaciones que el Tratado del Espacio impone. Ya en su preámbulo, los Acuerdos Artemisa muestran claramente esta intención:

“AFIRMANDO la importancia del cumplimiento del Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y Otros Cuerpos Celestes, abierto a la firma el 27 de enero de 1967 (“Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre”) (...) DESEANDO dar cumplimiento a las disposiciones del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre”⁸⁴ (énfasis añadido).

De igual modo, a lo largo de su texto podemos observar que los Acuerdos Artemisa buscan cumplir con las obligaciones que impone el Tratado del Espacio: la Sección 1 establece que “los Acuerdos representan un compromiso político con los *principios aquí descritos, muchos*

80 Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, p. 42.

81 Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, Informe de Georg Nolte, Relator Especial, Doc. A/CN.4/671, p. 25.

82 United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges (United States-United Kingdom): Award on the First Question (revised 18 June 1993), Chapter 6, párrs. 6.7-6.8; PCA, Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, decision of 24 May 2005, párrs. 156-158.

83 Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, p. 46.

84 Preámbulo de los Acuerdos Artemisa.

de los cuales disponen la observancia operacional de importantes obligaciones dispuestas en el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre y otros instrumentos” (énfasis añadido); la sección 4 afirma que “los Signatarios prevén compartir información científica resultado de sus actividades en virtud de estos Acuerdos con el público y la comunidad científica internacional, de buena fe y de conformidad con el artículo XI del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre” (énfasis añadido); la Sección 10.2 confirma que “los Signatarios ponen de relieve que la extracción y la utilización de recursos espaciales (incluida toda recuperación de las superficies o subsuperficies de la Luna, Marte, cometas o asteroides) deberían realizarse de modo tal que cumplan con el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre y en apoyo de actividades espaciales seguras y sostenibles” (énfasis añadido); y, la Sección 11.7 dispone que “a fin de cumplir sus obligaciones en virtud del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre, los Signatarios tienen la intención de efectuar notificaciones relativas a sus actividades y se comprometen a coordinar con todo actor pertinente para evitar obstáculos perjudiciales”.

Por tanto, podría afirmarse que los Acuerdos Artemisa tienen la consideración de comportamiento observado en la aplicación del Tratado del Espacio.

No obstante, aún queda por analizar si en los Acuerdos Artemisa consta el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del artículo II del Tratado del Espacio.

Para que exista un “acuerdo” en los términos del artículo 31.3 CVDT basta con que las partes sepan que comparten la misma postura, sin que sea necesario que dicho acuerdo sea formal o jurídicamente vinculante en sí mismo⁸⁵.

De este modo, el acuerdo que debe reflejar los Acuerdos Artemisa ni siquiera debe crear obligaciones jurídicamente vinculantes nuevas o independientes. Lo contrario podría habernos supuesto un problema en nuestra argumentación, en tanto en cuanto los Acuerdos Artemisa no pueden generar obligaciones jurídicamente vinculantes, dada su naturaleza política.

Teniendo esto en cuenta, ¿reflejan los Acuerdos Artemisa un acuerdo sobre la posibilidad de extraer recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes cuando esto no suponga una apropiación del cuerpo celeste o sector espacial del que se pretenden extraer?

En nuestra opinión hay que responder afirmativamente, ya que, la Sección 10.2 de los Acuerdos Artemisa establecen con rotundidad que:

“The Signatories affirm that the extraction of space resources does not inherently constitute national appropriation under Article II of the Outer Space Treaty, and that contracts and other legal instruments relating to space resources should be consistent with that Treaty.”

De esta forma, los Estados que decidan firmar de manera bilateral con EE.UU. los Acuerdos Artemisa están asumiendo sin dudas una interpretación concreta del artículo II y el principio de no apropiación, cuya extensión a los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuer-

85 Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, Informe de Georg Nolte, Relator Especial, Doc. A/CN.4/671, pp. 28-29.

pos celestes lleva siendo controvertida desde sus orígenes. Por tanto, considerada la claridad con la que el texto confirma la postura de los signatarios de los Acuerdos Artemisa, ningún Estado puede afirmar que ignora la postura que todos comparten en relación con la posibilidad de extraer y utilizar los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes (teniendo en cuenta los matices ya analizados en el apartado anterior).

Sin embargo, aún existe un elemento más que debe concurrir para poder considerar que los Acuerdos Artemisa sientan dicha interpretación sobre el artículo II del Tratado del Espacio. Nos referimos al número de Estados que deben convenir en el acuerdo sobre la interpretación del artículo II del Tratado del Espacio. A este respecto la CDI ha señalado que:

“La expresión «el acuerdo [entendimiento] de las partes» se refería necesariamente a todas las partes. Omitió la palabra “todas” simplemente para evitar cualquier posibilidad de que se entendiese erróneamente que todas y cada una de las partes debían haber seguido la práctica, cuando basta con que la hayan aceptado”⁸⁶.

Por tanto, existirá un acuerdo suficiente sobre la interpretación del artículo II del Tratado del Espacio siempre y cuando todas los Estados Parte del Tratado del Espacio acepten los Acuerdos Artemisa, lo cual no significa que sea necesario que los 113 Estados Parte del Tratado del Espacio firmen los Acuerdos Artemisa, sino que bastará con que no los rechacen.

De esta forma, aunque en la actualidad los Acuerdos Artemisa solo hayan sido firmados por 31 Estados, si el resto de Estados Parte del Tratado del Espacio no muestra su oposición o desacuerdo (silencio o inacción) hacia los Acuerdos Artemisa o hacia la interpretación del artículo II propuesta por estos, podría entenderse que han aceptado los Acuerdos Artemisa como práctica ulterior del Tratado del Espacio en relación con la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, pasando a ser una actividad permitida por el artículo II del Tratado del Espacio, siempre que dicha explotación no suponga una apropiación nacional por uso o utilización del sector espacial o cuerpo celeste del que están siendo extraídos los recursos y se respeten el resto de disposiciones del derecho internacional espacial.

Dicho esto, ¿ha existido realmente una inacción por parte del resto de Estados Parte del Tratado del Espacio?

Son notables las ausencias de Rusia y China en los Acuerdos Artemisa, quienes parecen haber formado su propia alianza espacial, firmando el 9 de marzo de 2021 un Memorando de Entendimiento para la exploración lunar conjunta, que contempla el establecimiento de una estación internacional de investigación lunar (ILRS) en la órbita lunar y/o en la superficie de la Luna, lo cual parece ser una respuesta a los propios Acuerdos Artemisa⁸⁷. Esto nos indica que ambas superpotencias tienen sus propios planes, lo cual, sin embargo, no implica el fracaso de los Acuerdos Artemisa, en tanto en cuanto, más allá de ciertas declaraciones de autoridades rusas, en las que denuncian la intención oculta de EE.UU. de “expropiar el espacio ultraterrestre y

86 Anuario de la CDI, 1966, Vol. II. Documentos de la segunda parte del decimoséptimo período de sesiones y del decimotavo período de sesiones, incluso los informes de la Comisión a la Asamblea General, Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 243.

87 Véase: <https://www.cnsa.gov.cn/english/n6465652/n6465653/c6811380/content.html>.

apoderarse de otros planetas, así como privatizar y colonizar el espacio”⁸⁸, declaraciones que, además, se vinculan más a la “Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources” de Donald Trump⁸⁹.

Según la CDI, para que el silencio o inacción pueda equivaler a la aceptación de una determinada práctica, son necesarias determinadas circunstancias, poniendo como ejemplo la ausencia de reacciones ante el entorno específico en el que interactúan los Estados Parte en relación con el tratado⁹⁰. Parece claro que, en relación con el Tratado del Espacio, la COPUOS y, en concreto, la Subcomisión de Asuntos Jurídicos, constituye el entorno específico en el que interactúan los Estados. En el caso que nos ocupa, hemos encontrado reacciones contrarias a los Acuerdos Artemisa ante la COPUOS por parte de Bélgica, Irán y Rusia.

Bélgica considera que los Acuerdos Artemisa constituyen un modelo “club-based” contrario a los principios del Tratado del Espacio y a las normas consuetudinarias internacionales, en la medida en que no ofrecen ninguna garantía con respecto al reparto equitativo de los recursos espaciales entre todas las naciones, incluidos los países en desarrollo⁹¹.

Por otro lado, Irán afirma que cualquier acuerdo multilateral sobre el espacio debe negociarse en el marco abierto, transparente y democrático de la COPUOS, siendo los Acuerdos Artemisa un intento de modificar el Acuerdo de la Luna fuera de los mecanismos ya establecidos para ello. En suma, denuncian que, si hay necesidad de negociar un nuevo acuerdo que tenga en cuenta los avances en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre se debe acudir a los mecanismos multilaterales convencionales⁹².

Rusia, por su parte, considera que los Acuerdos Artemisa constituyen un intento de desarrollar normas para las actividades de exploración y explotación de los recursos espaciales, pasando por alto a la ONU y a su Comisión sobre el espacio ultraterrestre, corriendo el riesgo de

88 GOSWAMI, N., “The Strategic Implications of the China-Russia Lunar Base Cooperation Agreement”, *The Diplomat*, 19 de marzo, 2021. Disponible en: <https://thediplomat.com/2021/03/the-strategic-implications-of-the-china-russia-lunar-base-cooperation-agreement/>.

89 El expresidente de los EE.UU. Donald Trump firmó el 6 de abril de 2020 la “Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources”, a través de la cual reconoce a sus ciudadanos el derecho a obtener recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes: “Americans should have the right to engage in commercial exploration, recovery, and use of resources in outer space, consistent with applicable law. Outer space is a legally and physically unique domain of human activity, and the United States does not view it as a global commons. Accordingly, it shall be the policy of the United States to encourage international support for the public and private recovery and use of resources in outer space, consistent with applicable law.”

90 Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, p. 70.

91 Contribution by Belgium to the general exchange of views on potential legal models for activities in the exploration, exploitation and utilization of space resources. Disponible en: https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/lsc/space-resources/LSC2023/StatesResponses/Contribution_by_Belgium_to_Space_Resources.pdf.

92 Statement of the delegation of The Islamic Republic of Iran Before the sixtieth Session of The Legal Subcommittee of COPUOS 31 May-10 June 2021, Agenda Item 14: General exchange of views on potential legal models for activities in exploration, exploitation and utilization of space resources. Disponible en: https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/lsc/2021/statements/item_14_Iran_ver.1_1_June_AM.pdf.

convertir el espacio ultraterrestre en objeto de contradicciones y de fragmentar el derecho internacional espacial⁹³.

En consecuencia, teniendo en cuenta los desacuerdos mostrados por parte de Bélgica, Irán y Rusia, no puede afirmarse que exista una inacción o silencio que confirme la aceptación total sobre la interpretación que los Acuerdos Artemisa plantean con respecto a los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, por lo que, en la actualidad, no puede afirmarse que la Sección 10.2 constituya una práctica ulterior en relación con el artículo II del Tratado del Espacio, dada la falta de aceptación de todos los Estados Parte del Tratado del Espacio.

En todo caso, los Acuerdos Artemisa constituyen una aplicación del tratado por varios Estados Parte del Tratado del Espacio o, cuanto menos, una declaración relativa a la interpretación o la aplicación del mismo, de manera que puede considerárseles una práctica ulterior en sentido amplio, que puede servir como medio complementario de interpretación en el sentido del artículo 32 de la CVDT⁹⁴.

3. Legislaciones nacionales sobre recursos espaciales

En los últimos años hemos visto como se promulgaban normativas nacionales en las que los Estados regulaban la explotación y apropiación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes. En la actualidad son 4 los Estados que han promulgado normativas de este tipo: EE.UU. (2015), Luxemburgo (2017), Emiratos Árabes Unidos (2019) y Japón (2021).

Es importante hacer notar que estos 4 Estados forman parte de los Acuerdos Artemisa, confirmando la clara intención de un sector de la comunidad internacional por implementar una interpretación del artículo II del Tratado del Espacio que permita la explotación y apropiación de los recursos del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes.

A continuación, analizaremos dichas normativas con el objeto de determinar si, efectivamente, podríamos estar ante una práctica ulterior sobre el principio de no apropiación del artículo II del Tratado del Espacio.

A) EE.UU.

El 25 de noviembre 2015 EE.UU. se convirtió en el primer Estado del mundo en aprobar una ley nacional sobre la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus

93 Statement of the delegation of the Russian Federation at the 60th session of the of the Legal Subcommittee of COPUOS, Agenda Item 3: General exchange of views. Disponible en: https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/lsc/2021/statements/item_3_Russian_Federation_ver.1_31May_AM.pdf.

94 Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados. Informe de Georg, Nolte, Relator Especial, Doc. A/CN.4/660, párr. 106.

cuerpos celestes⁹⁵. En concreto, es la sección 51303 del título IV de la ley, el cual trata sobre los derechos sobre los recursos de los asteroides y recursos espaciales, la que autoriza a los ciudadanos estadounidenses a participar en la recuperación comercial de los recursos de los asteroides o recursos espaciales, teniendo derecho a poseer, apropiarse, transportar, utilizar y vender dichos recursos espaciales o recursos provenientes de asteroides, obtenidos de conformidad con la normativa aplicable, incluidas las obligaciones internacionales de los EE.UU.⁹⁶.

Hay diferentes elementos de la norma que llaman nuestra atención, destacando en primer lugar la distinción que hace entre “asteroid resource” y “space resource”, definiendo el primero como un recurso espacial que se encuentra en o dentro de un único asteroide⁹⁷; y el segundo como un recurso abiótico *in situ* en el espacio ultraterrestre, incluyendo el agua y los minerales⁹⁸.

En el derecho internacional espacial no se hace distinción alguna entre los recursos espaciales de manera general y los recursos de los asteroides en particular, en tanto en cuanto los asteroides constituyen un cuerpo celeste, y sus recursos tienen la misma entidad que los de cualquier otro cuerpo celeste. Según Salmeri⁹⁹, esta distinción obedecería al especial apoyo político que la administración Obama quería mostrar a la minería de asteroides y, desde un punto de vista jurídico, dicha distinción es irrelevante incluso dentro de la propia norma, ya que sus disposiciones son de aplicación a los recursos espaciales en general y a los recursos de los asteroides en particular.

Otro elemento a tener en cuenta es que la norma reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos estadounidenses a poseer, apropiarse, transportar, utilizar y vender estos recursos, optando claramente por una determinada interpretación del artículo II del Tratado del Espacio, conforme a la cual el principio de no apropiación no sería de aplicación a los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, sobre los cuales se pueden ejercer derechos de propiedad.

No obstante, es necesario hacer determinadas matizaciones en relación con este punto:

1. En primer lugar, para poder disfrutar de los derechos que reconoce la ley, se ha de ser necesariamente ciudadano estadounidense, teniendo esta consideración las personas naturales con nacionalidad estadounidense, así como las personas jurídicas que, o bien se han constituido bajo las leyes de EE.UU., o bien se han constituido en virtud de las

95 H.R.2262-U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, 114th Congress (2015-2016). Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text>.

96 H.R.2262-U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Title IV, Sec. 51303. Asteroid resource and space resource rights: “A United States citizen engaged in commercial recovery of an asteroid resource or a space resource under this chapter shall be entitled to any asteroid resource or space resource obtained, including to possess, own, transport, use, and sell the asteroid resource or space resource obtained in accordance with applicable law, including the international obligations of the United States”.

97 H.R.2262-U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Title IV, Sec. 51301: “The term ‘asteroid resource’ means a space resource found on or within a single asteroid”.

98 H.R.2262-U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Title IV, Sec. 51301: “(A) In general.--The term ‘space resource’ means an abiotic resource in situ in outer space. (B) Inclusions.--The term ‘space resource’ includes water and minerals”.

99 SALMERI, A., *The Multi-level Governance...*, *op.cit.*, p. 106.

leyes de un tercer Estado pero la participación mayoritaria (según la definición del Secretario de Transporte de EE.UU.) está en manos de una persona con la nacionalidad estadounidense o de una entidad constituida bajo las leyes estadounidenses¹⁰⁰.

2. En segundo lugar, el derecho a poseer, apropiar, transportar, utilizar y vender dichos recursos surgirá una vez extraídos estos, no antes, ya que como el propio texto menciona, los derechos otorgados sobre los recursos surgirán cuando el ciudadano estadounidense en cuestión participe en la “recuperación” (recovery) comercial de los recursos espaciales o de un asteroide. El término “recovery”, tal y como es definido por el propio traductor de la página oficial donde se encuentra el texto de la norma, significa “the process of removing or extracting an energy source or industrial chemical for use, reuse, or waste treatment”, por lo que, necesariamente, ha de darse la extracción de dichos recursos del lugar de origen para que se originen los derechos correspondientes sobre los mismos. Esta posición ha sido confirmada por la delegación de EE.UU. ante la COPUOS¹⁰¹, donde han afirmado que el principio de no apropiación del artículo II del Tratado del Espacio solo afecta a los recursos naturales de los cuerpos celestes cuando se encuentran *in situ*, es decir, en el lugar de origen del que aún no han sido extraídos. En sentido contrario, están afirmando que una vez que estos recursos son removidos de su lugar de origen, dejan de estar afectados por el principio de no apropiación y pueden surgir derechos de propiedad sobre los mismos.
3. Por último, para poder disfrutar de los derechos que la ley otorga, los ciudadanos estadounidenses que decidan participar en la exploración y recuperación comercial de los recursos espaciales deberán haber obtenido la autorización correspondiente, a lo cual se le sumará una supervisión continua por parte del Gobierno Federal¹⁰². Este requisito responde a la obligación impuesta por el artículo VI del Tratado del Espacio, el cual recordemos impone a los Estados la obligación de fiscalizar y autorizar todas las actividades espaciales que lleven a cabo sus particulares. De igual modo, los derechos que la ley otorga a los ciudadanos estadounidenses no solo se encuentran condicionados al respeto de la normativa nacional, sino también al respeto de las obligaciones internacionales de EE.UU.¹⁰³.

Asimismo, debemos reparar en la sección 403 de la ley, en la que se recoge que con la promulgación de esta ley, el Congreso de los EE.UU. no está reconociendo ningún tipo soberanía, derechos soberanos, derechos exclusivos, jurisdicción o propiedad sobre los cuerpos celestes¹⁰⁴.

100 United States Code, Title 51-National and Commercial Space Programs, §50902.

101 Initial Submission by the Delegation of the United States of America to the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space Legal Subcommittee Working Group on the Legal Aspects of Space Resource Activities, March 20, 2023. Disponible en: https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/lsc/space-resources/LSC2023/StatesResponses/20230320_US_initial_submission_UNCOPUOS_LSC_SRU_WG_1.pdf.

102 H.R.2262-U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Title IV, Sec. 51302.

103 H.R.2262-U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Title IV, Sec. 51303.

104 H.R.2262-U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Title IV, Sec. 403.

A través de esta disposición final de responsabilidad, los EE.UU. están confirmando que, con la presente ley, no pretenden contrariar el artículo II del Tratado del Espacio, que claramente prohíbe el ejercicio de soberanía sobre el espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, sino que su intención es la de posicionarse en relación con el debate existente en torno a la aplicación del artículo II a los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes.

Esto último ha sido confirmado por la Junta Directiva del IISL, quien se pronunció de manera favorable en relación con la U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, defendiendo que la norma lleva a cabo una interpretación posible y legítima del artículo II del Tratado del Espacio, sin eludir en ningún momento las obligaciones internacionales de los EE.UU.:

“Therefore, in view of the absence of a clear prohibition of the taking of resources in the Outer Space Treaty one can conclude that the use of space resources is permitted. Viewed from this perspective, the new United States Act is a possible interpretation of the Outer Space Treaty. Whether and to what extent this interpretation is shared by other States remains to be seen.

This is independent from the claim of sovereign rights over celestial bodies, which the United States explicitly does not make (Section 403). The purpose of the Act is to entitle its citizens to these resources if “obtained in accordance with applicable law, including the international obligations of the United States”. The Act thus pays respect to the international legal obligations of the United States and applicable law on which the property rights to space resources will continue to depend”¹⁰⁵.

No obstante, la postura de la Junta Directiva del IISL no ha estado exenta de polémica¹⁰⁶.

B) LUXEMBURGO

Luxemburgo es el primer Estado europeo y el segundo del mundo en adoptar una ley específica sobre la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes. La ley luxemburguesa de 20 de julio de 2017 sobre la exploración y utilización de los recursos espaciales fue aprobada por la Cámara de Diputados el 13 de julio de 2017 y entró en vigor el 1 de agosto de 2017¹⁰⁷.

105 International Institute of Space Law, Position Paper on Space Resource Mining. Adopted by consensus by the Board of Directors on 20 December 2015. Disponible en: <https://iislweb.space/wp-content/uploads/2020/01/SpaceResourceMining.pdf>.

106 Por ejemplo, Faramiñán Gilbert ha criticado que: “Se justifica, por tanto, la redacción del Space Act, indicando que la ley explícitamente no hace ninguna reclamación de soberanía sobre los cuerpos celestes y fortalece este argumento al establecerse en la ley que los recursos deben obtenerse de acuerdo con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos que incluyen la adhesión al Tratado del Espacio de 1967. Esta aseveración no deja de generar un cierto riesgo, dado que pueda parecer que se está plegando a las presiones internacionales de las grandes compañías y empresas multinacionales y nacionales que desean explotar a su propio beneficio los recursos del espacio ultraterrestre, en particular de los asteroides, olvidando el hecho de que estamos hablando de recursos naturales limitados que han tardado millones de años en conformarse”. Véase: FARAMIÑÁN GILBERT, J.M., *Las controvertidas cuestiones...*, *op.cit.*, p. 52.

107 Loi du 20 juillet 2017 sur l’exploration et l’utilisation des ressources de l’espace. Disponible la versión en inglés en la página web oficial del gobierno de Luxemburgo: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/07/20/a674/jo/en>.

A diferencia de la ley estadounidense, la ley luxemburguesa no diferencia entre recursos espaciales y recursos de los asteroides, lo cual nos parece lo más acertado, en tanto en cuanto en el derecho internacional espacial se usa el término “cuerpo celeste” con carácter general, sin dar un tratamiento diferenciado a los asteroides, lo cual nos permite afirmar que tanto estos como sus recursos tienen el mismo estatuto jurídico que el de cualquier otro cuerpo celeste. En este sentido, el artículo I de la ley establece de manera general que los recursos espaciales son susceptibles de apropiación¹⁰⁸. Sin embargo, no aporta una definición de recursos espaciales, lo cual nos obliga a acudir a la nota explicativa del proyecto de ley luxemburguesa (cuyo contenido se plasmó de manera casi idéntica en la ley), donde, inspirados por la ley estadounidense, afirman que en la actualidad los recursos espaciales se definen comúnmente como recursos abióticos que pueden encontrarse *in situ* en el espacio exterior y que pueden extraerse de él. Dentro de esta definición se incluyen el agua y los minerales, pero no las posiciones orbitales o el uso de las bandas de frecuencia¹⁰⁹. Esta exclusión nos parece llamativa, en tanto en cuanto del artículo 44.2 de la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones se deriva que las órbitas terrestres tienen la consideración de recursos espaciales¹¹⁰.

A este respecto, aunque en la ley luxemburguesa no se acabó plasmando la definición de recursos espaciales que se manejó en el proyecto de ley, sí que se incluyó en su artículo 2(4) la exclusión de las posiciones orbitales o el uso de las bandas de frecuencia del concepto de recursos espaciales¹¹¹.

De esta forma, Luxemburgo decide adoptar la misma interpretación que EE.UU. en relación con el principio de no apropiación del artículo II del Tratado del Espacio, considerando que los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes son apropiables, a diferencia de los cuerpos celestes o sectores espaciales en los que estos se encuentran, que sí están sujetos a la prohibición de no apropiación. Esta posición ha sido ratificada por Luxemburgo a través de su delegación ante la COPUOS, donde han confirmado que el artículo 1 de la presente ley solo se aplica a los recursos espaciales, de manera que los asteroides, cometas y cuerpos celestes *per se* quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley, aclarando que con la misma no tienen el objetivo, la finalidad o el efecto de allanar el camino para ninguna apropiación nacional del espacio ultraterrestre, incluidos la Luna y otros cuerpos celestes¹¹².

108 Law of July 20th 2017 on the exploration and use of space resources, Article 1: “Space resources are capable of being owned”.

109 Draft law on the exploration and use of space resources, Explanatory Statement: “Space resources are nowadays commonly defined as abiotic resources that can be found *in situ* in outer space and that can be extracted. This definition includes for example mineral resources and water, but not the satellite orbits or radio spectrum”. Disponible en: https://gouvernement.lu/dam-assets/fr/actualites/communiqués/2016/11-novembre/11-presentation-spaceresources/Draft-law-space_press.pdf.

110 Véase *supra* nota 61.

111 Law of July 20th 2017 on the exploration and use of space resources, Article 2(4): “This Law shall not apply to satellite communications, orbital positions or the use of frequency bands”.

112 Contribution of the Grand Duchy of Luxembourg on the Mandate and Purpose of the Working Group on Legal Aspects of Space Resource Activities, 16/12/2022. Disponible en: https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/lsc/space-resources/LSC2023/StatesResponses/Luxembourg_-_20221216_WG_SR_LU_Contribution.pdf. Aunque finalmente no se plasmó en el articulado de la ley, esta posición ya se defendió con anterioridad en el proyecto de ley: “Yet, Article 1 of the draft law only addresses “resources”.

Asimismo, la ley condiciona la realización de actividades que involucran la exploración o utilización de dichos recursos espaciales a la obtención de una autorización de misión escrita del ministro o ministros encargados de la economía y las actividades espaciales,¹¹³ quienes también se encargarán de la continua supervisión de las misiones para las que se haya otorgado una autorización (dando cumplimiento al artículo VI del Tratado del Espacio), y al cumplimiento de las obligaciones internacionales de Luxemburgo¹¹⁴.

El resto del articulado se centra casi en exclusiva en el régimen de obtención de dichas autorizaciones. En lo que respecta a los sujetos que pueden optar a dichas autorizaciones o licencias y que, por tanto, pueden llegar a obtener derechos de propiedad sobre los recursos que exploten en el espacio ultraterrestre o en sus cuerpos celestes, la ley luxemburguesa es más permisiva que la ley estadounidense, dado que permite solicitar dichas autorizaciones no solo a las empresas constituidas bajo el derecho luxemburgués, sino también a las empresas europeas con domicilio social en Luxemburgo (sin necesidad de que dichas empresas estén en manos de una persona con la nacionalidad luxemburguesa o de una entidad constituida bajo las leyes de Luxemburgo)¹¹⁵.

C) EMIRATOS ÁRABES UNIDOS

El 19 de diciembre de 2019 Emiratos Árabes Unidos aprobó su propia ley sobre el sector espacial, en el marco de la cual decidió abordar la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, posicionándose así como el tercer Estado del mundo en regular específicamente este tipo de actividades¹¹⁶.

En este sentido, la ley emiratí hace referencia a los recursos espaciales en su artículo 1 de manera general, ignorando, al igual que la ley luxemburguesa, la innecesaria diferenciación que la ley estadounidense hacía entre recursos espaciales y recursos de los asteroides. De esta

It does not address asteroids, comets or celestial bodies by themselves (...) The draft law does not either propose to establish or imply in any way whatsoever the beginning of a commencement of a component of sovereignty over a territory over a celestial body or any part whatsoever of outer space and the other celestial bodies”.

113 Law of July 20th 2017 on the exploration and use of space resources, Article 2(1): “No person can explore or use space resources without holding a written mission authorisation from the minister or ministers in charge of the economy and space activities (hereinafter “the ministers”)”.

114 Law of July 20th 2017 on the exploration and use of space resources, Article 2(3): “The authorised operator may only carry out the activity referred to in paragraph 1 in accordance with the conditions of the authorisation and the international obligations of Luxembourg”.

115 Law of July 20th 2017 on the exploration and use of space resources, Article 4: “The authorisation for a mission shall only be granted if the applicant is a public company limited by shares (société anonyme) or a corporate partnership limited by shares (société en commandite par actions) or a private limited liability company (société à responsabilité limitée) of Luxembourg law or a European Company (société européenne) having its registered office in Luxembourg”.

116 *ءاضرفلا عطاق ميظنت نأش يف 2019 نسرل (12) مقر يداحتا نوناق*. Disponible la versión en inglés en la página web oficial del gobierno de los Emiratos Árabes Unidos: <https://www.moj.gov.ae/assets/2020/Federal%20Law%20No%2012%20of%2019%20on%20THE%20REGULATION%20OF%20THE%20SPACE%20SECTOR.pdf.aspx>.

forma, la ley emiratí define los recursos espaciales como cualquier recurso inerte presente en el espacio ultraterrestre, incluidos los minerales y el agua¹¹⁷.

A continuación, en su artículo 4 la ley incluye dentro de las actividades espaciales tanto las actividades de exploración o extracción de los recursos espaciales, como actividades de explotación y utilización de los recursos espaciales con fines científicos, comerciales o de otro tipo¹¹⁸. Eso sí, en su artículo 14.1 condiciona la realización de cualquier actividad espacial a la obtención de un permiso por parte de la agencia espacial emiratí¹¹⁹.

Por último, la ley dedica el artículo 18 a la exploración, explotación y utilización de los recursos espaciales, en el cual establece que las condiciones y controles relativos a los permisos para la exploración, explotación y utilización de recursos espaciales, incluyendo su adquisición, compra, venta, comercio, transporte almacenamiento y cualesquiera actividades espaciales destinadas a la prestación de servicios logísticos a este respecto se determinarán por decisión emitida por el Consejo de Ministros o por quien éste delegue¹²⁰.

De esta forma, observamos cómo la norma no nos ofrece mucha información sobre la regulación nacional de la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, algo lógico, teniendo en cuenta que es una ley que regula el sector espacial con un carácter amplio. Por ello, para un análisis más pormenorizado de la normativa nacional emiratí relativa a este tipo de actividades, debemos acudir a la decisión emitida por el Consejo de Ministros al respecto, tal y como establece el artículo 18.1.

En este sentido, la resolución del Ministerio de Asuntos del Gabinete¹²¹, dedicada en exclusiva a la regulación de las actividades relacionadas con los recursos espaciales, comienza definiendo este tipo de actividades como aquellas relativas a la exploración, explotación y utilización de recursos espaciales, ya sea con fines comerciales, científicos o de otro tipo científicos o de otro tipo, incluida la extracción, recuperación, procesamiento, utilización, propiedad, compra, venta, comercio, transporte o almacenamiento de recursos espaciales, así como las actividades

117 UAE Federal Law No. (12) of 2019 on the regulation of the space sector, Article 1: “Any non-living resources present in outer space, including minerals and water”.

118 UAE Federal Law No. (12) of 2019 on the regulation of the space sector, Article 4: “This Law regulates the following: 1-Space Activities, which include the following: (i) Space Resources exploration or extraction activities. (j) Activities for the exploitation and use of Space Resources for scientific, commercial or other purposes”.

119 UAE Federal Law No. (12) of 2019 on the regulation of the space sector, Article 14.1: “It is prohibited to own a Space Object, carry out or participate in Space Activities, or establish, use or possess related facilities or utilities without obtaining a Permit from the Agency”.

120 UAE Federal Law No. (12) of 2019 on the regulation of the space sector, Article 18.1: “Subject to the provisions of Article (14) of this Law, the conditions and controls relating to Permits for the exploration, exploitation and use of Space Resources, including their acquisition, purchase, sale, trade, transportation, storage and any Space Activities aimed at providing logistical services in this regard shall be determined by a decision issued by the Council of Ministers or whomever it delegates”.

121 *ةيئاضفلا دراوملاب ةصاخلا فيميظن تلاء حى الل*. Disponible la versión en inglés en la página web oficial de la Agencia Espacial de los Emiratos Árabes Unidos: <https://space.gov.ae/Documents/PublicationPDFFiles/POLREG/SpaceResources-EN.pdf>.

relacionadas con la logística realizadas en la zona identificada, tales como transporte, almacenamiento o suministro de recursos espaciales¹²².

Según el artículo 2 de la norma, solo podrán llevar a cabo este tipo de actividades al amparo de la normativa emiratí, las personas que posean la nacionalidad del Estado, las empresas que tengan una sede principal en el Estado y las empresas extranjeras que tengan una filial en Emiratos Árabes Unidos¹²³. Ahora bien, cumpliendo con lo establecido en el artículo VI del Tratado del Espacio, al igual que las normativas estadounidense y luxemburguesa, la norma requiere que los individuos que se encuentren en alguna de las circunstancias descritas obtengan la autorización correspondiente por parte de la agencia espacial emiratí, para lo cual deberán cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 4 de la norma. Además, el artículo 5 establece que antes de otorgar la correspondiente autorización la Agencia deberá tener en cuenta, entre otras consideraciones, las obligaciones jurídico internacionales de los Emiratos Árabes Unidos.

Por último, conviene destacar el artículo 7 de la norma, quizá el más importante a los efectos del presente apartado, ya que, en el mismo, se establece con rotundidad que, sin perjuicio de las obligaciones internacionales del Estado, los recursos espaciales podrán ser explorados, explotados o utilizados mediante la realización de actividades relacionadas con los recursos espaciales, de manera que cualquier operador que haya realizado este tipo de actividades tendrá derecho a ejercer derechos de propiedad sobre dichos recursos, una vez que estos hayan sido extraídos en el curso de las actividades de recursos espaciales autorizadas en virtud de la legislación nacional¹²⁴.

En este sentido, siguiendo la estela de EE.UU. y Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos adopta una determinada postura con relación al principio de no apropiación del artículo II del Tratado del Espacio, considerando que sobre los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes se pueden ejercer títulos de propiedad. De hecho, es llamativa la amplitud del

122 Ministry of Cabinet Affairs Resolution No (19) of 2023 Regarding the Space Resources, Article (1): “Activities relating to the exploration, exploitation and use of space resources, whether for commercial, scientific or other purposes, including the extraction, recovery, refining, processing, utilization, ownership, purchase, sale, trade, transport or storage of space resources, as well as logistics-related activities conducted in the identified area, such as transporting, storing or supplying space resources”.

123 Ministry of Cabinet Affairs Resolution No (19) of 2023 Regarding the Space Resources, Article (2): “Provisions of this Resolution shall apply to Space Resources Activities that are carried out by persons who hold the nationality of the State, or companies that have a main headquarters in the State, or a foreign company with a subsidiary in the UAE”.

124 Ministry of Cabinet Affairs Resolution No (19) of 2023 Regarding the Space Resources, Article (7): “1. Without prejudice to the international obligations of the state, Space Resources may be of explored, exploited or used through the conduct of Space Resources Activities. An Operator shall be entitled to exercise ownership rights, under the applicable national laws of the State, over any Space Resources which the Operator has explored, exploited or used through its Space Resources Activities, as authorized by the Agency. 2. Ownership rights include, in particular, the right of ownership, purchase, sale, trade, transportation, storage, use, or dispose any of Space Resources extracted in the course of authorized Space Resources Activities and any Space Activities intended to provide logistics services in this regard in accordance with this Resolution, the Law, all other regulations issued by the Agency and any other applicable laws and regulations within the State”.

lenguaje utilizado por la norma al establecer los diversos destinos que los actores espaciales que se acojan a la legislación emiratí pueden atribuir a este tipo de recursos, superando en precisión a las leyes estadounidense y luxemburguesa.

D) JAPÓN

El 23 de junio de 2021, Japón se convirtió en el cuarto Estado del mundo en aprobar una ley nacional para regular la realización de actividades relacionadas con los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes.¹²⁵

La ley japonesa comienza desarrollando en su artículo 1 los propósitos que se persiguen con la misma, destacando su intención de especificar las normas aplicables a la adquisición de la propiedad de los recursos espaciales¹²⁶.

Tras esto, ley japonesa dedica su artículo 2 a la definición de los recursos espaciales, entendiéndose como tal el agua, los minerales y otros recursos naturales que existen en el espacio ultraterrestre, incluida la Luna y otros cuerpos celestes¹²⁷, a la vez que detalla en qué consisten las actividades relacionadas con estos recursos espaciales, afirmando que la exploración y desarrollo de los recursos espaciales comprende la minería, la extracción y otras actividades similares, transformación o procesamiento conexo (que implica procesar el recurso espacial extraído de un cuerpo celeste de manera que sea utilizable como recurso), almacenamiento y transporte de recursos espaciales, así como el examen de la existencia de recursos espaciales que contribuyan a la minería, extracción y otras actividades similares¹²⁸. Sobre este artículo

125 宇宙資源の探査及び開発に関する事業活動の促進に関する法律 (令和三年法律第八十三号). Disponible la versión en inglés en el enlace facilitado por la delegación japonesa ante la COPUOS: https://www8.cao.go.jp/space/english/resource/documents/act83_2021.pdf.

126 Japan's Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources, Article 1: "The purpose of this Act is to ensure the accurate and smooth implementation of conventions concerning the development and use of outer space (simply referred to as the "conventions concerning the development and use of outer space" in Article 3, paragraph (2), item (i) prescribed in Article 2, item (i) of the Act on Launching of Spacecraft, etc. and Control of Spacecraft (Act No. 76 of 2016; hereinafter referred to as the "Space Activities Act"), and to promote business activities for the exploration and development of space resources by private business operators, by establishing special provisions for license under the provisions of the Space Activities Act, which provides regulations etc. concerning space activities, based on Article 35, paragraph (1) of the Basic Space Act (Act No. 43 of 2008), as well as specifying the rules for the acquisition of ownership of space resources and other necessary matters concerning such activities, with respect to the exploration and development of space resources, in accordance with the basic principles of the Basic Space Act".

127 Japan's Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources, Article 2: "space resources" means water, minerals and other natural resources that exist in outer space, including the Moon and other celestial bodies".

128 Japan's Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources, Article 2: "(ii) "exploration and development of space resources" means any activities listed in any of the following subitems (excluding those conducted exclusively as scientific research or for the purpose of scientific research): (a) examination of the existence of space resources that contribute to the mining, extraction and other similar activities specified by Cabinet Office Order (referred to as "mining, etc." or

llama nuestra atención que, a diferencia del resto de leyes, la norma japonesa excluye expresamente de su ámbito de actuación las actividades realizadas con fines exclusivamente científicos.

Asimismo, nos encontramos con que la ley japonesa es bastante más restrictiva que las leyes estadounidense, luxemburguesa y emiratí en relación con las entidades que pueden llevar a cabo este tipo de actividades relacionadas con los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, en la medida que de su artículo 1 se deriva que solo las empresas de nacionalidad japonesa pueden acogerse a los beneficios de la presente norma.

De igual modo, al igual que sus pares, la norma japonesa cumple con el mandato impuesto por el artículo VI del Tratado del Espacio, estableciendo la necesidad de que las empresas de nacionalidad japonesa que pretendan realizar actividades de este tipo obtengan una licencia, que será otorgada por el primer ministro japonés. El procedimiento para adquirir dicha licencia tiene quizá un carácter más enrevesado en comparación con el resto de leyes analizadas, ya que además de cumplir con los múltiples requisitos que impone el artículo 3 de la presente norma, se debe acudir a diversos artículos de la ley japonesa de 2016 sobre el lanzamiento y gestión de satélites artificiales¹²⁹.

Llama nuestra atención el artículo 4 de la norma japonesa, la cual impone al primer ministro la obligación de notificar públicamente a través de Internet o por otros medios adecuados las licencias concedidas, a excepción de aquellas situaciones en las que los intereses de una persona que se dedique a actividades empresariales relacionadas con la exploración y desarrollo de recursos espaciales puedan verse injustamente perjudicados por dicha notificación pública, permitiéndose en estos casos que la totalidad o una parte de dichos asuntos no sea notificada públicamente¹³⁰.

Por último, debemos mencionar el tratamiento que la ley japonesa hace respecto de la propiedad de dichos recursos espaciales. En este sentido, el artículo 5 establece que toda persona que realice actividades empresariales relacionadas con la exploración y explotación de los recursos espaciales adquirirá la propiedad de los recursos que se hayan extraído¹³¹, a la vez que en

“mined, etc.” in (b) and Article 5); and (b) mining, etc. of space resources and related processing, storage and other acts specified by Cabinet Office Order”.

129 Act on Launching of Spacecraft and Control of Spacecraft (Act No. 76 of 2016; “Space Activities Act”).

130 Japan’s Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources, Article 4: “The Prime Minister, when a license, etc. for the exploration and development of space resources has been granted to promote business activities related to the exploration and development of space resources under international cooperation and contribute to the prevention of disputes related to the exploration and development of space resources, shall give public notice thereof and of the following matters (in cases where there are any changes to these matters, such matters after the changes) without delay via the Internet or by other appropriate means. However, in cases specified by Cabinet Office Order as those in which the interests of a person who engages in business activities related to the exploration and development of space resources by obtaining said license, etc. for the exploration and development of space resources are likely to be unjustly harmed by said public notice, the whole or a part of such matters may be withheld from being publicly notified”.

131 Japan’s Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources, Article 5: “A person who conducts business activities related to the exploration and development

el artículo 6(1) se afirma el compromiso de no obstaculizar la aplicación de los tratados y otros acuerdos internacionales que Japón haya celebrado¹³².

De esta forma, Japón se une a la interpretación del artículo II del Tratado del Espacio seguida por EE.UU., Luxemburgo y Emiratos Árabes Unidos en relación con la posibilidad de ejercer títulos de propiedad sobre los recursos naturales del espacio ultraterrestre, que escapan a la prohibición impuesta por el principio de no apropiación.

La delegación de Japón ante la COPUOS emitió una declaración en el marco del Grupo de Trabajo sobre los Aspectos Jurídicos de las Actividades relacionadas con los Recursos Espaciales en la que confirmó su postura, afirmando que la exploración, desarrollo y utilización de los recursos espaciales forman parte de la libertad de exploración y utilización del artículo I del Tratado del Espacio, defendiendo que la promulgación de su ley nacional sobre recursos espaciales obedeció a su deseo de garantizar la aplicación rigurosa y sin contratiempos de los convenios espaciales, incluido el Tratado del Espacio¹³³.

4. Legislaciones nacionales sobre recursos espaciales como práctica ulterior del artículo II del Tratado del Espacio

Tal y como se desprende del análisis llevado a cabo, todas las legislaciones nacionales promulgadas en relación con los recursos espaciales siguen un patrón de redacción muy parecido, existiendo un elemento que en todas se reproduce con exactitud, declaran la legalidad de extraer, explotar y adquirir derechos de propiedad sobre los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, como parte integrante de la libertad de exploración y utilización del artículo I del Tratado del Espacio.

A este respecto, existe un matiz de gran importancia que parece compartirse en todas las legislaciones en relación con el ejercicio de los derechos de propiedad sobre estos recursos. Nos referimos al hecho de que, tanto en el caso de la ley estadounidense¹³⁴, como la luxemburgue-

of space resources shall acquire the ownership of space resources that have been mined, etc. in accordance with the business activity plan pertaining to the license, etc. for the exploration and development of space resources, by possessing said space resources with the intention to own”.

132 Japan’s Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources, Article 6(1): “In the enforcement of this Act, attention shall be paid not to hinder the sincere implementation of treaties and other international agreements Japan has concluded”.

133 Information on the mandate and purpose of the Working Group on Legal Aspects of Space Resource Activities under the Legal Subcommittee of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. Disponible en: https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/lsc/space-resources/LSC2023/StatesResponses/Japan_Information_to_Space_Resource_WG.pdf.

134 La sección 51303 de la ley estadounidense establece que los ciudadanos estadounidenses adquirirán derechos de propiedad sobre los recursos espaciales y de los asteroides cuando estos hayan participado en la “recuperación” comercial de dichos recursos. Como hemos comentado, el término “recuperación” implica la extracción de los recursos de su lugar de origen, posición que ha sido confirmada por EE.UU. ante la COPUOS (véase *supra* nota 100).

sa¹³⁵, como la emiratí¹³⁶ y la japonesa¹³⁷ se precisa que solo surgirán derechos de propiedad sobre los recursos espaciales una vez hayan sido extraídos o minados de su lugar de origen. De esta forma, los recursos *in situ*, es decir, aquellos que no se han removido de su lugar de origen, no serían apropiables, por lo que, por ejemplo, no podrían asignarse, otorgarse o adquirirse con antelación derechos de propiedad sobre las reservas hídricas de un asteroide o de un sector lunar, ya que hasta el momento en el que dichos recursos se extrajeran por el actor espacial en cuestión, al amparo de una de estas legislaciones, no podrían surgir derechos de propiedad sobre dichos recursos naturales del espacio ultraterrestre, que al no haber sido removidos, aún forman una parte intrínseca del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes y se ven sujetos a la prohibición de apropiación.

Así, EE.UU., Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos y Japón han decidido adoptar una determinada posición ante el estancamiento que vive la comunidad internacional en relación con la posibilidad o no de extraer y adquirir los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, de manera que defienden que pueden surgir derechos de propiedad sobre los recursos espaciales que hayan sido extraídos del espacio ultraterrestre o del cuerpo celeste en cuestión. No llama la atención el hecho de que estos 4 Estados formen parte de los Acuerdos Artemisa, según los cuales la extracción de recursos naturales del espacio ultraterrestre no constituye intrínsecamente apropiación nacional de acuerdo con lo establecido en el artículo II del Tratado del Espacio. Tanto las legislaciones nacionales como los Acuerdos Artemisa reman en un mismo sentido, reforzando y complementando la postura de los Estados que pretenden posibilitar la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos, como parte integral de la libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre.

Una vez dicho esto, ¿constituyen estas legislaciones nacionales una práctica ulterior en relación con el artículo II del Tratado del Espacio?

Como ya hemos abordado anteriormente, la práctica ulterior como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31.3, párrafo b de la CVDT consiste en “el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado”¹³⁸.

Siguiendo el análisis sistémico iniciado con los Acuerdos Artemisa, debemos empezar considerando si la legislación nacional de los Estados puede llegar a tener la consideración de “comportamiento observado en la aplicación del tratado”. A este respecto, la propia CDI admite que un comportamiento observado en la aplicación de un tratado:

135 La ley luxemburguesa no dedica un artículo al régimen de propiedad sobre los recursos espaciales, sin embargo, teniendo en cuenta que en la definición de recursos espaciales que asumen, se afirma que estos son recursos que se encuentran *in situ* en el espacio ultraterrestre y que pueden ser extraídos, se deduce su intención de que los derechos de propiedad sobre los recursos espaciales surjan una vez extraídos estos (véase *supra* nota 108).

136 La ley emiratí establece en su artículo 7.2 que los derechos de propiedad surgen sobre los recursos espaciales extraídos (véase *supra* nota 124).

137 Según el artículo 5 de la ley japonesa, las empresas de nacionalidad japonesa solo podrán obtener la propiedad de los recursos espaciales que hayan sido “minados” (véase *supra* nota 131).

138 Véase *supra* nota 79.

“Comprende no solo los actos oficiales a nivel internacional o interno que sirven para aplicar el tratado, incluido el respeto o la garantía del cumplimiento de las obligaciones del tratado, sino también, entre otras cosas, las declaraciones oficiales sobre su interpretación, como las declaraciones formuladas en una conferencia diplomática, las declaraciones hechas en el transcurso de una controversia legal o las sentencias de las cortes y tribunales nacionales; las comunicaciones oficiales a que dé lugar el tratado; o bien la aprobación de legislación nacional o la celebración de acuerdos internacionales a los efectos de aplicar un tratado incluso antes de que tenga lugar un acto concreto de aplicación a nivel interno o internacional”¹³⁹ (énfasis añadido).

De esta forma, siempre y cuando la legislación nacional tenga por objeto la aplicación de un tratado, podría constituir un medio auténtico de interpretación de conformidad con el artículo 31.3, párrafo b de la CVDT. La jurisprudencia internacional ha confirmado esta posibilidad, y, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha utilizado la legislación nacional de los Estados Parte como base para analizar la práctica posteriormente seguida por los Estados en relación con determinados aspectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹⁴⁰, tal y como destaca la propia CDI¹⁴¹. Otro ejemplo lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, que, tal y como precisa la CDI¹⁴², ha tomado como ejemplo la evolución de la legislación de los Estados miembros para argumentar un cambio en la interpretación del alcance de los crímenes o de sus elementos¹⁴³.

Ahora bien, ¿constituyen estas legislaciones nacionales un comportamiento observado “en la aplicación” del Tratado del Espacio?

Para responder a esta cuestión, debemos analizar si, efectivamente, los Estados mencionados al aprobar dicha legislación han ejercido los derechos o han cumplido con las obligaciones que prevé el Tratado del Espacio, plenamente o en parte¹⁴⁴.

En primer lugar, en el caso de la ley estadounidense destaca, en concreto, la disposición final, en la que se reconoce que con la aplicación de dicha ley, EE.UU. no pretende afirmar soberanía o derechos de propiedad sobre los cuerpos celestes, haciendo una clara alusión al sometimiento de los EE.UU. al principio de no apropiación del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes consagrado en el artículo II del Tratado del Espacio.

De igual modo, la norma da cumplimiento al artículo VI del Tratado del Espacio, estableciendo la necesidad de obtener una autorización por parte de los ciudadanos estadounidenses que

139 Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, pp. 38-39.

140 ECHR, Grand Chamber, Case of Demir and Baykara v. Turkey, Judgment 12 November 2008, párrs. 103 y 151; ECHR, Grand Chamber, Case of S.H. and others v. Austria, Judgment 3 November 2011, párrs. 36-40, 69-73.

141 Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, Informe de Georg Nolte, Relator Especial, Proyecto de conclusión 2. Doc. A/CN.4/660, p.43.

142 *Ibidem*, p. 22.

143 ICTY, Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment 10 December 1998, párr. 179; ICTY, Prosecutor v. Alfred Musema, Judgment and Sentence 27 January 2000, párr. 228.

144 Véase *supra* nota 81.

pretendan emprender una misión de recuperación de recursos, además de su sometimiento a una supervisión continua por parte del gobierno federal.

En el mismo sentido, la ley luxemburguesa destina la mayoría de sus artículos a establecer un procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones a empresas luxemburguesas o empresas europeas registradas en Luxemburgo que pretendan explorar o utilizar los recursos espaciales, además de establecer un control continuo de dichas actividades, cumpliendo con la obligación impuesta por el artículo VI del Tratado del Espacio.

Asimismo, aunque su artículo 1 está redactado de manera escueta, el proyecto de ley nos permite observar la intención que se perseguía con el mismo, afirmándose que el artículo 1 hacía referencia exclusivamente a los recursos, y no a los asteroides, cometas y demás cuerpos celestes en sí, de manera que el artículo 1 no implicaba ni proponía en modo alguno el comienzo de un componente de soberanía sobre un territorio o sobre un cuerpo celeste o cualquier parte del espacio ultraterrestre¹⁴⁵, en clara alusión a la prohibición del principio de no apropiación del artículo II del Tratado del Espacio.

En lo que respecta a la normativa emiratí, encontramos una referencia expresa al Tratado del Espacio en la parte expositiva tanto de su ley espacial, como de la resolución ministerial sobre los recursos espaciales, confirmando que, junto a la constitución emiratí y ciertas normas internas, se ha tenido necesariamente en cuenta el Tratado del Espacio para promulgar dichas normas.

Al igual que en los casos anteriores, la normativa emiratí establece un procedimiento para el otorgamiento de autorizaciones para la realización de actividades relacionadas con los recursos espaciales, así como un continuo control sobre dichas actividades, con el objetivo de dar cumplimiento al artículo VI del Tratado del Espacio.

De igual modo, establece la obligación de los operadores que hayan obtenido una licencia o autorización para realizar este tipo de actividades de notificar a la Agencia Espacial emiratí cualquier impacto perjudicial o potencialmente perjudicial sobre el medio ambiente de la Tierra, del espacio ultraterrestre o de sus cuerpos celestes, así como cualquier interferencia o daño a los objetos espaciales pertenecientes a otro Estado. Las obligaciones impuestas por la norma emiratí a los operadores que pretendan actuar amparados por su legislación responden a la obligación establecida por el artículo IX del Tratado del Espacio¹⁴⁶, en el cual, entre otras

145 Draft law on the exploration and use of space resources, Commentary of Articles, Article 1: “Yet, Article 1 of the draft law only addresses “resources”. It does not address asteroids, comets or celestial bodies by themselves. The latter are outside of the scope of the law, and neither the wording of Article 1 nor the draft law in general have the objective, purpose or effect of paving the way or attempting to pave the way for any sort of beginning of a commencement of appropriation or possibility of appropriation of asteroids, comets or other celestial bodies. The draft law does not either propose to establish or imply in any way whatsoever the beginning of a commencement of a component of sovereignty over a territory over a celestial body or any part whatsoever of outer space and the other celestial bodies”.

146 El artículo IX del Tratado del Espacio establece lo siguiente: “En la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, los Estados Partes en el Tratado deberán guiarse por el principio de la cooperación y la asistencia mutua, y en todas sus actividades en el espacio ultraterrestre, incluso en la Luna y otros cuerpos celestes, deberán tener debidamente en cuenta los intereses correspon-

cuestiones, implica la obligación de explorar y utilizar el espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes de tal forma que no se produzca una contaminación nociva ni cambios desfavorables en el medio ambiente de la Tierra, así como sin crear obstáculos capaces de perjudicar las actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos.

Por último, como ya analizamos, la ley japonesa comienza definiendo sus propósitos, entre los cuales se encuentra la aplicación correcta y sin contratiempos de los convenios relativos al desarrollo y utilización del espacio ultraterrestre, de acuerdo con lo establecido en su ley sobre lanzamiento y gestión de satélites artificiales, donde a su vez, se menciona expresamente el Tratado del Espacio.

De igual forma, también establece un procedimiento para el otorgamiento de licencias a las empresas japonesas que deseen iniciar actividades relacionadas con los recursos espaciales y las somete a una supervisión continua.

Además, en cumplimiento del artículo IX del Tratado del Espacio, la ley japonesa dispone que ninguna de sus disposiciones podría perjudicar injustamente los intereses de terceros Estados que ejerzan su libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes.

Por tanto, se podría concluir que todas las legislaciones mencionadas se han aprobado en aplicación del Tratado del Espacio, en tanto en cuanto en mayor o menor medida todas cumplen de manera parcial con las obligaciones que prevé el Tratado del Espacio para la utilización del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes.

Dicho esto, quedaría observar si, efectivamente, las legislaciones nacionales mencionadas constituyen el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del artículo II del Tratado del Espacio.

En lo que respecta a EE.UU., Luxemburgo, Emiratos Árabes Unidos y Japón, ha quedado patente su acuerdo en cuanto a la interpretación del artículo II del Tratado del Espacio, de manera que el principio de no apropiación solo haría referencia a los ejercicios de soberanía o de pro-

dientes de los demás Estados Partes en el Tratado. Los Estados Partes en el Tratado harán los estudios e investigaciones del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, y procederán a su exploración de tal forma que no se produzca una contaminación nociva ni cambios desfavorables en el medio ambiente de la Tierra como consecuencia de la introducción en él de materias extraterrestres, y cuando sea necesario adoptarán las medidas pertinentes a tal efecto. Si un Estado Parte en el Tratado tiene motivos para creer que una actividad o un experimento en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, proyectado por él o por sus nacionales, crearía un obstáculo capaz de perjudicar las actividades de otros Estados Partes en el Tratado en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, incluso en la Luna y otros cuerpos celestes, deberá celebrar las consultas internacionales oportunas antes de iniciar esa actividad o ese experimento. Si un Estado Parte en el Tratado tiene motivos para creer que una actividad o un experimento en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, proyectado por otro Estado Parte en el Tratado, crearía un obstáculo capaz de perjudicar las actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, incluso en la Luna y otros cuerpos celestes, podrá pedir que se celebren consultas sobre dicha actividad o experimento”.

piEDAD privada sobre el espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, mas no sobre sus recursos, una vez extraídos estos del área del espacio o del cuerpo celeste en el que se encuentren.

Sin embargo, enfrentamos una situación análoga a la experimentada con los Acuerdos Artemisa, la cual es aún más delicada en este caso, ya que de los 113 Estados Parte del Tratado del Espacio, solo 4 han mostrado su acuerdo sobre la interpretación del Tratado del Espacio en relación con la posibilidad de utilizar los recursos del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes. De esta forma, tendremos que analizar si, aun cuando solo 4 Estados de los 113 han actuado positivamente para mostrar su acuerdo en cuanto a la interpretación de una determinada disposición del Tratado del Espacio, el resto de Estados ha mostrado silencio al respecto, de manera que se pueda interpretar que han aceptado la interpretación del artículo II del Tratado del Espacio que hacen estas legislaciones nacionales¹⁴⁷.

Para ello, acudiremos nuevamente a las declaraciones de los Estados ante la COPUOS, que constituye el entorno específico en el que interactúan los Estados Parte en relación con las disposiciones del Tratado del Espacio.

En primer lugar, nos encontramos con que Rusia ha denunciado ante la COPUOS el hecho de que ciertos Estados hayan aprobado legislaciones que confieren a sus personas, ciudadanos y entidades no gubernamentales el derecho a explotar, apropiarse, poseer, transportar y vender los recursos minerales de los cuerpos celestes, incluidos los asteroides, en tanto en cuanto ningún Estado puede extender su legislación nacional a territorios fuera de su jurisdicción¹⁴⁸. Asimismo, aunque reconoce que la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes es un tipo de utilización prevista por el principio libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre del artículo I del Tratado del Espacio, defiende que no pueden crearse derechos de propiedad sobre dichos recursos extraídos¹⁴⁹, opinión compartida por Bielorrusia¹⁵⁰.

De esta forma, aunque Rusia reconoce que la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes forma parte de la libertad de utilización consagrada en el artículo I del Tratado del Espacio, niega la posibilidad de que el actor espacial que se haya encargado de su extracción pueda adquirir derechos de propiedad sobre los mismos, en tanto en cuanto consideran que dichos recursos se ven afectados por el principio de no apropiación del artículo II del Tratado del Espacio en todo caso.

Bélgica se muestra igualmente crítica con las legislaciones nacionales que regulan la obtención de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, defendiendo

147 Véase *supra* nota 85.

148 Submission on the Mandate and Purpose of the Working Group on Legal Aspects of Space Resource Activities, pp. 5-6. Disponible en: <https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/lsc/space-resources/LSC2023/StatesResponses/RUSSIA1.PDF>.

149 *Ibidem*, pp. 4-5.

150 Proposals on the mandate and purpose of the Working Group on Legal Aspects of Space Resource Activities prepared by the National Academy of Sciences of Belarus, Doc. A/AC.105/C.2/2023/CRP.10. Disponible en: https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2023/aac.105c.22023crp/aac.105c.22023crp.10_0.html.

que este tipo de enfoque unilateral puede suponer un obstáculo para lograr un consenso sobre los principios jurídicos internacionales que rigen la explotación de los recursos naturales y el establecimiento de una cooperación multilateral más abierta entre los Estados y las entidades no gubernamentales¹⁵¹.

Al mismo tiempo, el Grupo de los 77 y China han expresado su preocupación hacia las legislaciones nacionales que permiten la explotación de los cuerpos celestes con fines, económicos, reclamando un examen urgente de estas legislaciones con respecto al derecho internacional espacial, con el objetivo de evitar lagunas o contradicciones en dicho marco jurídico y clarificar las obligaciones de los Estados en la exploración del espacio¹⁵².

Considerando las declaraciones presentadas ante la COPUOS, no podemos afirmar que en el presente todos los Estados Parte del Tratado del Espacio acepten las legislaciones nacionales analizadas como práctica ulterior del artículo II del Tratado del Espacio.

No obstante, al igual que en el caso de los Acuerdos Artemisa, el hecho de que las legislaciones nacionales no puedan considerarse una práctica ulterior del artículo II del Tratado del Espacio con arreglo al artículo 31.3, párrafo b de la CVDT, por no cumplir con el estricto requisito de expresar el acuerdo de las partes, no es óbice para que pueda tenerse en cuenta como medio de interpretación complementario, de conformidad con el artículo 32 de la CVDT, ya que constituyen una aplicación del Tratado del Espacio por varios Estados Parte del mismo¹⁵³.

VI. CONCLUSIONES

La explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes es una cuestión de una gran complejidad, en la que se ven involucrados muchos elementos de diferente naturaleza. Debido a que el Tratado del Espacio se configuró como un tratado marco¹⁵⁴, posteriormente desarrollado por el resto de tratados espaciales, es entendible que no estableciera en su articulado una exhaustiva regulación de todas las cuestiones, entre ellas la que nos atañe. En este sentido, fue el Acuerdo de la Luna el que se encargaría de abordar en concreto la explotación de los recursos del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, y así lo hizo. No obstante, como ya se ha comentado, su fracaso ha provocado que el único tratado al que podemos acudir sea el Tratado del Espacio.

151 Contribution by Belgium to the general exchange of views on potential legal models for activities in the exploration, exploitation and utilization of space resources. Disponible en: https://www.unoosa.org/documents/pdf/copuos/lsc/space-resources/LSC2023/StatesResponses/Contribution_by_Belgium_to_Space_Resources.pdf.

152 Statement of the G-77 and China during the fifty-sixth session of the Legal Subcommittee of the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, 27 March-7 April 2017, delivered by H.E. Ambassador Pilar Saborío de Rocafort, Permanent Representative of Costa Rica Monday, 27th March 2017. Disponible en: https://www.g77.org/vienna/wp-content/uploads/2019/03/UNOVMMatters_OOSA-Committee-on-Peaceful-Uses-of-Outer-Space-56th-session-27-March-7-April-2017.pdf.

153 Véase *supra* nota 94.

154 Véase *supra* nota 9.

Dicho esto, del análisis llevado a cabo inducimos que, cuando estos recursos tienen la consideración de infinitos o ilimitados, no surgen dudas sobre la posibilidad de ser explotados, de forma que, por ejemplo, los diferentes actores espaciales son libres de establecer estaciones espaciales o estructuras cuyo fin sea la explotación de la energía solar¹⁵⁵. Del mismo modo, existen diversas situaciones en las que los recursos finitos, escasos, limitados o agotables pueden ser indiscutiblemente explotados, como son los supuestos en los que esta responda a fines científicos o tenga por objeto la sustentación de las colonias.

En cambio, la explotación de estos recursos limitados con fines distintos, tienen como obstáculo principal el artículo II del Tratado del Espacio, el gran tratado internacional en la materia, que goza de reconocimiento universal, y cuyas disposiciones obligan a todos los miembros de la comunidad internacional.

Sin embargo, tal y como se ha podido observar, el principio de no apropiación tiene un carácter indeterminado en cuanto a los recursos se refiere, y sus implicaciones en relación con los recursos del espacio ultraterrestre se encuentran en proceso de determinación, provocando el surgimiento de las corrientes descritas. Ambas corrientes tienen argumentos legítimos, y son igualmente válidas, dada la indeterminación de la disposición, aunque parece haber quedado claro que, la posición del sector que considera que el artículo II no afecta necesariamente a los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, está ganando apoyos y puede ser considerada la posición dominante. Habrá que observar muy de cerca al Grupo de Trabajo sobre los Aspectos Jurídicos de las Actividades en el Ámbito de los Recursos Espaciales que fue creado recientemente en el seno de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la COPUOS¹⁵⁶, con la esperanza de que dicho foro fomente el diálogo internacional en relación con la explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, de manera que se garantice que esta actividad no se convierta en el futuro en un foco de riesgos y amenazas para la paz y seguridad internacionales.

En suma, entendemos que, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, y la posición mayoritaria de los Estados, entre los cuales se encuentran no pocas, precisamente, potencias espaciales, puede afirmarse que, en la actualidad, la explotación de estos recursos es una actividad no prohibida, en tanto en cuanto se respeten el resto de disposiciones de los principales tratados en la materia con un amplio reconocimiento internacional, así como el resto de normas y principios que conforman el derecho internacional general y demás ramas del derecho internacional que puedan ser de aplicación en su caso, como pueden ser los principios derivados del derecho internacional ambiental, dadas las consecuencias ambientales de estas actividades.

155 De hecho, Estados como EE.UU., Reino Unido, China o Japón, tienen proyectos en marcha que buscan precisamente la explotación de la energía solar desde el espacio ultraterrestre. Para más información, véase: BARRÓN, R., “El plan de Japón contra la crisis energética: granjas solares en el espacio para 2025”, *Computer Hoy*, 29 de mayo, 2023. Disponible en: <https://computerhoy.com/espacio/japon-intentara-transportar-energia-solar-espacio-2025-1252364>.

156 Véase: <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/lsc/space-resources/index.html>.

LA GUERRA DE UCRANIA Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA RIVALIDAD TRIPOLAR EN EL ORDEN NUCLEAR INTERNACIONAL: EE. UU., RUSIA Y CHINA

THE WAR IN UKRAINE AND THE CONSOLIDATION OF TRIPOLAR RIVALRY IN THE INTERNATIONAL NUCLEAR ORDER: U.S., RUSSIA, AND CHINA

ALESSANDRO DEMURTAS*
ALEJANDRA PEÑA GONZÁLEZ**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA GUERRA DE UCRANIA Y EL NUEVO EQUILIBRIO DE PODER NUCLEAR. 1. LA LÓGICA OFENSIVA DEL ORDEN NUCLEAR INTERNACIONAL A RAÍZ DE LA GUERRA DE UCRANIA: REARME MILITAR Y PROLIFERACIÓN NUCLEAR. 2. EL CAMBIO EN EL EQUILIBRIO SISTÉMICO DEL PODER NUCLEAR CONSOLIDADO POR LA GUERRA DE UCRANIA: EL SEGUNDO FRENTE DE COMPETICIÓN NUCLEAR EN ASIA-PACÍFICO PARA LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. III. LA COMPETICIÓN IDEACIONAL BIPOLAR ENTRE CHINA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1. EL NUEVO ORDEN NUCLEAR INTERNACIONAL PROPUESTO POR CHINA Y RUSIA A RAÍZ DE LA GUERRA DE UCRANIA. 2. LA NARRATIVA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, REINO UNIDO Y FRANCIA SOBRE EL ORDEN NUCLEAR INTERNACIONAL Y LA EVOLUCIÓN DE SUS RELACIONES CON CHINA. IV. LA RUPTURA DEL ORDEN INSTITUCIONAL DE LA GUERRA FRÍA. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN. Este artículo analiza el impacto de la guerra de Ucrania sobre el orden nuclear internacional, centrándose en las implicaciones de la competición entre EE. UU. y China sobre el equilibrio de poder nuclear. Se estudian, además, los otros países llamados los “P-5 del TNP”: Rusia, Reino Unido y Francia. Ante la pregunta de investigación ¿cómo impacta la guerra de Ucrania la configuración del orden nuclear internacional? se plantea

Fecha de recepción del trabajo: 16 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de noviembre de 2023.

* Alessandro Demurtas es Profesor Asociado de Relaciones Internacionales en el Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas y Profesor en la Escuela FUAB Formación-Prevención y Seguridad Integral de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). ORCID ID: 0000-0002-1304-2221. E-mail: alessandro.demurtas@uab.cat.

** Alejandra Peña González es Profesora Asociada de Relaciones Internacionales en el Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) y miembro del Grupo de Investigación Consolidado de la Generalitat de Cataluña “InterÀsia i el nou sistema internacional: Societat, política i cultura” (2021 SGR 01028). ORCID ID: 0000-0001-6569-8305. E-mail: alejandra.pena@uab.cat. Este artículo se enmarca en el proyecto “Reconfiguración de los Actores y Elites Transnacionales en la Región MENA. Continuidad Histórica o Cambio en el Siglo XXI” (referencia PID2020-13784GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Los autores agradecen los comentarios y sugerencias de los dos evaluadores anónimos. Todos los enlaces a recursos electrónicos y páginas web han sido consultados al 28 de noviembre de 2023. Todas las traducciones al castellano son propias.

un marco analítico que combina elementos del realismo ofensivo con una aproximación al orden internacional basado en tres fuerzas interdependientes: poder, ideas e instituciones, articulando esta última con el concepto de régimen internacional. El artículo emplea un enfoque metodológico cualitativo que combina el análisis documental de fuentes primarias y fuentes secundarias más recientes, sometidas a un proceso de análisis que incluye la codificación, la categorización y el análisis temático a los fines de identificar los elementos configurativos del orden nuclear internacional. Se concluye que la guerra de Ucrania consolida la tripolaridad en el orden nuclear contemporáneo: la superpotencia estadounidense debe ahora competir con China y Rusia y doblar sus esfuerzos para mantener el equilibrio de poder nuclear en las regiones donde esta rivalidad se agrava: Europa y Asia-Pacífico.

PALABRAS CLAVE: Guerra de Ucrania, orden nuclear internacional, rivalidad tripolar, realismo estructural ofensivo.

ABSTRACT. *This article analyzes the impact of the Ukrainian war on the international nuclear order, focusing on the US-China competition on the balance of nuclear power. It also examines the other countries known as the “P-5 of the NPT”: Russia, the United Kingdom and France. Addressing the research question of how the war in Ukraine impacts the international nuclear order, the study employs an analytical framework that integrates elements of offensive realism with an approach to the international order rooted in three interrelated factors: power, ideas, and institutions, articulating the latter with the concept of international regime. Methodologically, the article adopts a qualitative approach, combining the analysis of up-to-date primary and secondary sources. This analytical process encompasses coding, categorization, and thematic analysis, aimed at identifying the elements that articulates the international nuclear order. The article concludes that the war in Ukraine consolidates the tripolarity in the contemporary nuclear order. The U.S. superpower must now contend with China and Russia and redouble its efforts to maintain the balance of nuclear power in regions where this rivalry intensifies: Europe and Asia-Pacific.*

KEYWORDS: *War in Ukraine, international nuclear order, tripolar rivalry, offensive structural realism.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza el impacto de la guerra de Ucrania sobre el orden nuclear internacional, centrándose en la competición entre las dos superpotencias económicas y tecnológicas, EE. UU. y China, y en sus efectos estructurales sobre el equilibrio de poder nuclear. El análisis se extiende a los otros estados conocidos como los países P-5 del Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP): Rusia, Reino Unido y Francia. El objetivo central es analizar la competición nuclear entre China y los EE. UU. a raíz de la rivalidad emergida en el contexto de Asia-Pacífico, que se solapa con la renovada competición nuclear entre los EE. UU. (y la OTAN) y Rusia en Europa, provocada por el estallido de la guerra de Ucrania y por la relevancia de su dimensión nuclear.

Los efectos de la guerra de Ucrania sobre el orden nuclear internacional son el centro del análisis de un filón de la literatura¹. Existe consenso sobre el imperativo de que las fricciones estratégicas entre China y los EE. UU. sobre Taiwán no adquieran una dimensión nuclear², basándose en las lecciones aprendidas en Ucrania³. Nye afirma que la *smart competition* entre las dos superpotencias económicas y tecnológicas debe de seguir la lógica de la “rivalidad cooperativa”: ambos estados cooperan en las áreas de convergencia de intereses, como la no proliferación y la reducción

1 BOLLFRASS, A.K., HERZOG, S., “The War in Ukraine and Global Nuclear Order”, *Survival*, 64(4), 2022, pp. 7-32, disponible en <https://doi.org/10.1080/00396338.2022.2103255>

2 GARWIN, R.L., VON HIPPEL, F.N., “How to avoid nuclear war with China”, *Bulletin of the Atomic Scientists* 79(2), 2023, pp. 57-64, disponible en <https://doi.org/10.1080/00963402.2023.2178161>

3 ARNDT, A.C., HOROVITZ, L., WACHS, L., “El trilema nuclear en Ucrania”, *Política Exterior*, 21/11/2022, disponible en <https://www.politicaexterior.com/el-trilema-nuclear-en-ucrania/>

del riesgo nuclear, y priorizan el poder blando al poder militar⁴. Otra corriente de la literatura se centra en el debate sobre los efectos de la guerra de Ucrania sobre el régimen internacional de no proliferación nuclear, cuya piedra angular es el Tratado de No Proliferación (TNP). Pese a las tensiones provocadas por la guerra, hay autores que señalan la necesidad de cooperación entre los estados nucleares para neutralizar las amenazas comunes (la proliferación hacia actores no estatales). La posible coexistencia de las normas sobre desarme y no proliferación nuclear y los mecanismos tradicionales de disuasión nuclear entre potencias⁵ prueba la capacidad del régimen internacional de no proliferación de resistir a las crisis provocadas por la rivalidad entre estados nucleares⁶. Estos actores pueden elegir qué enfoque adoptar para intentar dirimir sus controversias: pueden, por un lado, utilizar el enfoque institucional multilateral tradicional, basado en los regímenes creados por los tratados internacionales, y, por otro, disponen también del enfoque no tradicional de cooperación (no regulado por tratados internacionales) en el marco de las Naciones Unidas⁷. Así mismo, la rivalidad triangular entre los EE. UU., Rusia y China es un objeto de estudio al alza en la academia⁸, especialmente debido a su voluntad de orientar la política exterior de la superpotencia estadounidense⁹. Finalmente, la literatura más reciente que analiza la confrontación nuclear tripolar entre los EE. UU., China y Rusia permanece principalmente centrada en las principales dinámicas relativas al uso del poder material entre estos países, sin tener en consideración, a los factores ideaciones e institucionales, ni a los otros dos P-5 del TNP: el Reino Unido y Francia¹⁰.

-
- 4 NYE, J., *Soft Power and Great-Power Competition Shifting Sands in the Balance of Power Between the United States and China*, Springer, Cambridge, 2023, disponible en <https://doi.org/10.1007/978-981-99-0714-4>
 - 5 VICENTE, A. “The Future of the Nuclear Nonproliferation and Disarmament Regime”, en VICENTE, A., SINOVETS, P., THERON, J. (eds), *Russia’s War on Ukraine. The Implications for the Global Nuclear Order: Contributions to Political Science*, Springer, Cham, 2023, pp. 153-170, disponible en https://doi.org/10.1007/978-3-031-32221-1_11
 - 6 BUDJERIN, M., “Distressing a system in distress: global nuclear order and Russia’s war against Ukraine”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol. 78, num. 6, 08/11/2022, pp. 339-346, disponible en <https://doi.org/10.1080/00963402.2022.2132742>
 - 7 SINGH SIDHU, W.P., “The Nuclear Disarmament and the Non-Proliferation Regime”, en WILLIAMS, P., MCDONALD, M. (eds), *Security Studies. An Introduction*, Routledge, London, 2023, disponible en <https://doi.org/10.4324/9781003247821>
 - 8 Véase, entre otros, THOMPSON, W.R., SAKUWA, K., y SUHAS, P.H., “Great Power Triangular Rivalry Interactions: China, the Soviet Union/Russia, and the United States”, en *Analyzing Strategic Rivalries in World Politics. Types of Rivalry, Regional Variation, and Escalation/De-escalation*, Springer, Singapore, 2022, disponible en https://doi.org/10.1007/978-981-16-6671-1_8; y ALI, S.M., “Introduction: A new Cold War? The US-China-Russia Strategic Triangle”, en *The US-China-Russia Triangle. An Evolving Historiography*, Springer, Cham, 2022, disponible en https://doi.org/10.1007/978-3-031-04847-0_1
 - 9 Véase, KOTKIN, S., “The Unbalanced Triangle. What Chinese-Russian Relations mean for the United States”, *Foreign Affairs*, vol. 88, num. 5, 2009, pp. 130-138, disponible en <https://www.jstor.org/stable/20699650>; GEIST, E., “Qualities precede quantities. Deciding How Much Is Enough for U.S. Nuclear Forces”, *RAND Corporation. Perspective*, 2023, disponible en <https://www.rand.org/pubs/perspectives/PEA2555-2.html>; ELLISON, B., EVANS, D., LYTWYN, M., SCHWALBE, J., “Without Precedent: Global Emerging Trends in Nuclear and Hypersonic Weapons”, *Journal of Policy and Strategy*, vol. 3, num. 1, 2023, pp. 21-53, disponible en <https://nipp.org/wp-content/uploads/2023/03/Vol.-3-No.-1.pdf>.
 - 10 LIEBER, K., PRESS, D.G., “US strategy and force posture for an era of nuclear tripolarity”, *Atlantic Council*, 01/05/2023, disponible en <https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2023/04/US-Strat>

Para contribuir a cerrar esta brecha dentro de la literatura, este trabajo plantea un marco analítico que combina al realismo ofensivo¹¹, en tanto herramienta idónea para explicar la competición nuclear entre las grandes potencias del sistema, con una aproximación al orden internacional que permite dilucidar la configuración del orden nuclear internacional a través de una triple perspectiva analítica. Ésta se basa en la interacción entre tres fuerzas interdependientes: poder, ideas e instituciones¹². Además, se articula a esta última fuerza el concepto de régimen internacional¹³ a fin de analizar la estructura normativa del orden nuclear internacional y la eficacia del régimen de no proliferación nuclear. Así, ante la pregunta de investigación: ¿cómo ha impactado la guerra de Ucrania la configuración del orden nuclear internacional? se plantean los siguientes argumentos: primero, la guerra de Ucrania ha propiciado y acelerado un cambio en el orden nuclear internacional que apunta a la transición hacia un orden tripolar (EE. UU., Rusia y China). Segundo, a nivel de competición para el poder, la guerra refuerza la posición de China como competidora nuclear que busca la paridad cualitativa y el acercamiento cuantitativo con las dos superpotencias nucleares. Se confirma la lógica ofensiva de rearme militar y rearme nuclear que generan múltiples dilemas de seguridad en Asia-Pacífico. Tercero, a nivel ideacional, la guerra de Ucrania sanciona la confrontación bipolar entre China y EE. UU. en el ámbito nuclear. Los dos países son portadores de visiones contrapuestas sobre el futuro del orden nuclear internacional y de valores opuestos que incrementan la tensión, las amenazas, las acusaciones recíprocas y la desconfianza mutua. Cuarto, a nivel institucional, la guerra de Ucrania conlleva al desmoronamiento del orden nuclear institucional de la guerra fría, acelerando la dinámica realista ofensiva de proliferación nuclear. El nuevo sistema es anárquico y deja campo libre a la competición nuclear entre China/Rusia y EE. UU. (proliferación vertical), a la proliferación vertical cualitativa y cuantitativa de otros estados nucleares (Reino Unido, Francia, Corea del Norte, Israel, India y Pakistán) y al aumento del riesgo de proliferación horizontal en los dos frentes de competición abiertos, como es el caso de Bielorrusia en Europa y de Australia en Asia-Pacífico. El Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA) no dispone de suficientes prerrogativas ni legitimidad entre los estados nucleares para presentarse como la autoridad internacional que permita la resolución de controversias entre ellos.

Este trabajo adopta una metodología de investigación cualitativa, basándose principalmente en el análisis documental de fuentes primarias y secundarias. El enfoque cualitativo permite explorar en profundidad las complejidades y matices que rodean el tema, mientras que el análisis documental proporciona un examen sistemático de todas las fuentes relevantes. Las fuentes primarias incluyen, por un lado, los últimos documentos estratégicos y nucleares (libros blancos, estrategias de seguridad, posturas nucleares gubernamentales, informes de inteligencia militar) de los estados P-5: la atención está puesta en los documentos publicados después

[tegy-and-Force-Posture-for-an-Era-of-Nuclear-Tripolarity.pdf](#); The International Institute for Strategic Studies, “Asia-Pacific Regional Security Assessment. Key developments and trends”, *IISS Strategic Dossier*, 2023, disponible en <https://www.iiss.org/globalassets/media-library---content--migration/files/publications---free-files/aprsa-2023/aprsa-2023.pdf>

- 11 MEARSHEIMER, J.J., *The tragedy of great power politics*, W.W. Norton & Company, New York, 2001.
- 12 BARBÉ, E., “Introducción: cambio en el sistema internacional, adversidad para la UE”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, num. 108, 2014, pp. 7-21.
- 13 KRASNER, S.D., *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983.

de la guerra de Ucrania, principalmente en el año 2023. Por otro lado, se analizan las intervenciones oficiales (discursos, declaraciones y ruedas de prensa) de las máximas autoridades estatales como los jefes de gobierno y los ministros de asuntos exteriores. El foco del análisis se pone, aunque no exclusivamente, en las intervenciones conjuntas de los jefes de gobierno de China y de los otros P-5, excluyendo el Reino Unido, ya que su Primer Ministro no ha tenido una reunión con Xi Jinping después del estallido de la guerra¹⁴. Es decir, la narrativa nuclear de los estados del P-5 es analizada bajo el doble prisma de los documentos gubernamentales oficiales con relevancia para los asuntos nucleares y de las intervenciones más recientes de sus máximas autoridades sobre el orden nuclear internacional.

Los documentos han sido consultados en las bases de datos oficiales gubernamentales de los P-5 en lengua inglesa (en lengua francesa en el caso de Francia), de acceso abierto: se trata de las presidencias de los gobiernos, como la Casa Blanca, el Kremlin o el Eliseo, y de los ministerios de asuntos exteriores, como es el caso de China y Reino Unido. En relación con China, cuyo ascenso representa el elemento de cambio en el equilibrio tripolar de poder nuclear, el estudio incluye también dos discursos publicados por la Oficina de información del Consejo de Estado de la República Popular China y de su representante permanente ante las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales en Viena (como el OIEA) en 2023. En relación con el OIEA, se analizan las intervenciones del director, Mario Grossi, sucesivas al estallido del conflicto y los documentos e informes oficiales publicados en la página oficial de la organización. En la tabla 1, a continuación, se indican el número de fuentes primarias utilizadas por cada uno de los P-5 del TNP y por el OIEA, distinguiendo entre los discursos de las máximas autoridades, por un lado, y los documentos estratégicos (y, en el caso del OIEA, documentos oficiales), por otro.

	Discursos	Documentos	N. total por país
China	9	2	11
Rusia	4	1	5
EE. UU.	7	5	12
Reino Unido	1	3	4
Francia	2	2	4
OIEA	1	1	2
N. total de fuentes	24	14	38

14 BBC NEWS, “Rishi Sunak’s G20 meeting with Chinese president cancelled”, 16/11/2022, disponible en <https://www.bbc.com/news/uk-politics-63646635>. La última visita programada entre Xi Jinping y Rishi Sunak del 16 de noviembre de 2022, durante el G20 en Indonesia, fue cancelada por “razones de agenda” del *Premier* británico, en coincidencia con el estallido de un misil en Polonia durante la guerra de Ucrania. El último encuentro entre los dos jefes de gobierno fue en 2018.

Entre los veinticuatro discursos e intervenciones oficiales de las máximas autoridades estatales analizados, hay diez declaraciones conjuntas entre Xi Jinping y Joe Biden o Antony Blinken para los EE. UU. (4), Xi Jinping y Vladimir Putin (4) y Xi Jinping y Emmanuel Macron (2). Como se ha dicho antes, no hay intervenciones conjuntas entre China y el Reino Unido sucesivas al estallido de la guerra de Ucrania.

Las fuentes secundarias abarcan la literatura académica especializada en rearme y proliferación nuclear y el análisis de expertos de los centros más prestigiosos a nivel internacional, como el *Stockholm International Peace Research Institute* (SIPRI), la Campaña Internacional para la Prohibición de Armas Nucleares (ICAN), el *International Institute for Strategic Studies* (IISS), el *Carnegie Endowment for Peace* o el *Bulletin of the Atomic Scientists*. Para medir el nivel de rearme militar y nuclear de los países P-5 del TNP, este artículo analiza diez documentos: seis son publicados por el SIPRI (cinco de ellos en 2023), y los otros cuatro son publicados, respectivamente, por la ICAN, el IISS, el *Bulletin of the Atomic Scientists* y el Departamento de Defensa de los EE. UU. Los datos recopilados han sido sometidos a un riguroso proceso de análisis que abarca varios pasos clave: la codificación de los datos, la categorización y el análisis temático. Inicialmente, los documentos recopilados se codificaron para identificar temas y subtemas clave relacionados con los asuntos nucleares. Luego, estos códigos se clasificaron en categorías más amplias en relación con el marco de análisis planteado: poder, ideas e instituciones, con el objetivo de identificar patrones y tendencias comunes. Estos datos han sido confirmados por y complementados con la información aportada por la literatura especializada más reciente sobre asuntos nucleares, antes mencionada. Por lo demás, resulta relevante reconocer las limitaciones de esta metodología. La naturaleza cualitativa de la investigación limita la generalización de los hallazgos. Adicionalmente, el análisis documental está limitado por la disponibilidad y confiabilidad de las fuentes seleccionadas. A pesar de estas limitaciones, el diseño y la metodología de investigación elegidos en este estudio ofrecen información valiosa sobre los cambios en la configuración del orden nuclear internacional provocados por la guerra de Ucrania.

El marco analítico de esta investigación combina elementos del realismo ofensivo con una aproximación al orden internacional que permite explicar la configuración del orden nuclear internacional a través de tres fuerzas (entendibles, en este caso, como factores o variables): poder, ideas e instituciones¹⁵. Así mismo, recurre al concepto de régimen internacional en tanto idóneo para la comprensión de la estructura normativa del orden nuclear internacional. Bajo el prisma del realismo ofensivo, la conducta ofensiva de los estados se explica a través de la competición regional entre potencias. La desconfianza recíproca y el miedo generado por la imprevisibilidad de la conducta de otros actores provoca que los estados perciban de poder contar exclusivamente sobre su poder material—incluso el poder nuclear— para garantizar su seguridad y supervivencia (principio de autoayuda). El hegemon estadounidense busca mantener su posición de ventaja relativa frente a sus competidores (Rusia y China) en las regiones donde ya tiene consolidadas sus esferas de influencia, respectivamente Europa y

15 BARBÉ, E. *Relaciones Internacionales*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pp. 347.

Asia-Pacífico¹⁶. La estrategia de contención de sus competidores hace que la superpotencia estadounidense deba ejercer el papel de “equilibrador de ultramar” [*offshore balancer*]¹⁷ para mantener el status quo en los contextos regionales tensionados. La rivalidad se materializa en dinámicas de rearme ilimitado ofensivo que involucra, no sólo a las potencias competidoras (EE. UU., China y Rusia), sino también a otros estados de la región (los países de la OTAN en Europa; Japón, Corea del Sur, Australia y Corea del Norte en Asia). Entre ellos surge un dilema de seguridad¹⁸ que los lleva a rearmarse y a elegir un bando, consolidando la división regional alrededor de la competición entre potencias.

Por último, cabe mencionar que el estudio intenta destacar si hay elementos propios de la lógica realista estructural defensiva de Kenneth Waltz¹⁹, basada en el equilibrio de poder y en la emulación/imitación de las conductas más exitosas desde la perspectiva del poder²⁰. Es decir, los estados tienden a reproducir aquellas conductas propias o de otros actores que aprenden a lo largo de su socialización dentro del sistema internacional. El mismo orden internacional favorece aquellas acciones en favor del equilibrio de poder (alianzas instrumentales para equilibrar el poder acumulado por un hegemon) y aquellas conductas estatales percibidas de forma general como racionales y eficientes para el interés nacional a escala regional y global dentro del régimen internacional de no proliferación nuclear. Esta perspectiva sirve para entender aquellas fuerzas del orden que contribuyen a mantener el statu quo en el sistema internacional, alejando el peligro del estallido de una guerra entre potencia nucleares en Asia-Pacífico debido a la cuestión de Taiwán. La lógica defensiva es un elemento clave para entender la postura nuclear de China porque el país no parte en condiciones de igualdad de acumulación de poder material frente a Rusia y EE. UU.

Continuando con el marco teórico, de acuerdo con Robert Cox²¹, el orden internacional es entendido como aquel constructo social contingente que es resultado de la interacción de tres fuerzas interdependientes: el poder material, las ideas y las instituciones. Este trabajo se sirve de la concepción de orden internacional planteada por Esther Barbé en la cual, a diferencia de Cox, el poder no solo se basa en la posesión de recursos materiales, sino que “además, deben considerarse dos aspectos distintos: la distribución del poder y la competición por el poder”²². En este sentido, las relaciones de poder generan dinámicas de socialización que producen riva-

16 MEARSHEIMER, J.J., “Why the Ukraine crisis is the West’s fault”, *Foreign Affairs*, vol. 93(5), 2014, p. 5, disponible en <https://www.foreignaffairs.com/articles/russia-fsu/2014-08-18/why-ukraine-crisis-west-s-fault>

17 JORDÁN, J., “El conflicto internacional en la zona gris: una perspectiva teórica desde el realismo ofensivo”, *Revista Española De Ciencia Política*, n. 48, 2018, p.130, disponible en <https://doi.org/10.21308/recp.48.05>

18 JERVIS, R., “Dilemmas About Security Dilemmas”, *Security Studies*, vol. 20(3), 2011, pp. 416-423, disponible en <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09636412.2011.599189>

19 WALTZ, K.N., *Theory of International Politics*, Waveland Press Inc., Long Grove, IL, 2010.

20 JORDÁN, J., “Teorías realistas para comprender la política internacional”, *Global Strategy Report 4/2022*, 26/01/2022, disponible en <https://global-strategy.org/teorias-realistas-para-comprender-la-politica-internacional/>

21 COX, R., “Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory”, *Millennium*, vol. 10(2), 1981, pp. 126-155, disponible en <https://doi.org/10.1177/03058298810100020501>

22 BARBÉ, E., *Relaciones Internacionales*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, p. 354.

lidades entre los actores que compiten por ello. El caso de la competición nuclear tripolar entre los EE. UU., China y Rusia es un ejemplo de esta tipología. Seguidamente, las ideas son entendidas como “concepciones tanto de lo justo como de lo conveniente, tanto de lo apropiado como de lo útil”²³. En este sentido, las ideas están vinculadas a los valores y normas que construyen y definen la identidad de los actores. A este respecto, EE. UU. por una parte, y Rusia y China por la otra, se perfilan con identidades y visiones del orden internacional divergentes: “ideas indiscutibles frente a ideas en discusión”²⁴. Finalmente, y en línea con el liberalismo, Barbé adopta una definición de instituciones que tiene una doble vertiente. En primer lugar, las instituciones son el conjunto de pautas y normas que reglamentan las conductas de los actores, es decir, son estructuras normativas. En el ámbito nuclear, el régimen internacional de no proliferación nuclear es un ejemplo de esta tipología. Además, en su designación más formal, las instituciones se constituyen como “el *locus* de autoridad internacional (legitimadoras, por ejemplo, de la actuación de los estados)”²⁵. El OIEA representa el actor internacional más legitimado para ejercer esta tarea en el orden nuclear contemporáneo. Cabe destacar que poder, ideas e instituciones deben ser entendidos como fuerzas “autónomas e interdependientes”, que no establecen una lógica unidireccional. Es decir que, aunque el poder suele imponer la lógica, serán las ideas y las instituciones las que moldean los mecanismos y marcos normativos dentro de los que actúan las potencias²⁶.

Siguiendo esta aproximación, el presente trabajo plantea como marco analítico del orden nuclear internacional, aquel constructo social resultante de la interacción de tres fuerzas:

1. Las fuerzas resultantes de la acumulación de poder (proliferación vertical cualitativa y cuantitativa) por parte de los nueve estados nucleares y de la competición para el poder nuclear, especialmente relevante entre los P-5 del TNP. Un especial énfasis está puesto en el ascenso de China porque representa el principal factor de cambio en el equilibrio de poder nuclear.
2. Las fuerzas ideacionales que son el fruto de la narrativa nuclear de los P-5 del TNP. Las narrativas proponen modelos de orden internacional convergentes (ideas indiscutidas) o divergentes (ideas en discusión). Las fuerzas ideacionales ven la contraposición de valores como, por un lado, la seguridad, la continuidad y el mantenimiento del statu quo deseado por los países occidentales y, por otro, los valores como el desarrollo y la justicia global, promovidos por China y Rusia. También hay acusaciones recíprocas entre los P-5 en relación con las instituciones internacionales: sobre las repetidas violaciones de las normas para la no proliferación (estructura normativa) y sobre la discutida neutralidad del OIEA (*locus* de autoridad internacional) por parte de China y Rusia. Por último, a nivel ideacional se evidencia la rivalidad derivada por el uso y la competición para el poder nuclear: la renovada división entre Occidente y Rusia, que sigue la lógica de la mutua destrucción asegurada (MAD,

23 *Ibidem*, p. 374.

24 BARBÉ, E., “Introducción: cambio en el sistema internacional, adversidad para la UE”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 108, 2014, p. 12.

25 BARBÉ, E. (ed.) *Las normas internacionales ante la crisis del orden liberal*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 21-22.

26 BARBÉ, E., *Relaciones Internacionales*, 2020, *op. cit.*, pp. 348-349.

en su acrónimo inglés), se solapa con la política nuclear china de rearme ilimitado. Esta política quiere romper el muro de contención estadounidense en Asia-Pacífico, establecido gracias a la disuasión nuclear extendida [*extended nuclear deterrence*], y garantizar a China su esfera de influencia estratégica en la región.

3. Las fuerzas institucionales son el resultado de la interacción entre el régimen internacional de no proliferación nuclear (estructura normativa) y la acción del actor más legitimado para representar el *locus*, la arena de cooperación entre los estados nucleares: el OIEA. La narrativa más reciente del OIEA es un elemento crucial para determinar las necesidades normativas más urgentes surgidas a raíz de la guerra de Ucrania²⁷.

Finalmente, es necesario articular a estas últimas fuerzas el concepto de régimen internacional planteado por Stephen D. Krasner, definido como el “conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos de tomas de decisiones implícitos o explícitos alrededor de los cuales convergen las expectativas de los actores en una determinada área de las relaciones internacionales”²⁸. Este concepto permite analizar la estructura normativa del orden nuclear internacional y la eficacia del régimen de no proliferación nuclear. A este respecto cabe destacar, por una parte, cómo las tensiones entre EE. UU. y Rusia catalizadas por la Guerra en Ucrania han provocado la retirada de esta última de los mecanismos formales del régimen internacional de no proliferación nuclear, esto es, la suspensión por parte de Rusia del Tratado Nuevo START en febrero de 2023. Por otra parte, es latente la intención de los P-5 del TNP de no ratificar el Tratado de Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN) de 2017. Ambas cuestiones apuntan hacia la progresiva ruptura del orden institucional de la guerra fría, y la dificultad del mantenimiento del régimen internacional de no proliferación en situaciones de conflicto²⁹.

La relevancia de esta investigación estriba, a nivel teórico-conceptual, en la construcción de un análisis multidimensional que articula las tres fuerzas al prisma del orden nuclear internacional, permitiendo así no limitar el estudio a un único enfoque, como el normativo-institucional o el enfoque relativo a la competición para el poder. Esto para corroborar si la interacción entre las tres fuerzas del orden genera cambios en el sistema internacional contemporáneo, a nivel de relaciones/procesos (rivalidad ideacional, competición para el poder nuclear) y a nivel de estructura (cambios en la polaridad nuclear). Para entender estos cambios, es necesario

27 Esta definición es más detallada que la definición adoptada por BUDJERYN, M., *Distressing a system in distress: Global nuclear order and Russia's war against Ukraine*, 09/11/2022, *Bulletin of the Atomic Scientists*, disponible en <https://thebulletin.org/premium/2022-11/distressing-a-system-in-distress-global-nuclear-order-and-russias-war-against-ukraine/>. Según la autora, el orden nuclear internacional es el “sistema de prácticas, políticas, instituciones, reglas y entendimientos comunes, nacionales e internacionales, que rigen la adquisición, posesión y uso de armas nucleares-la tecnología más mortífera jamás creada”.

28 KRASNER, S.D., *International Regimes*, 1983, *op. cit.*, p. 2.

29 La formación y mantenimiento de los regímenes internacionales es más probable (racionalmente hablando) en aquellas situaciones en las que, a través de la cooperación, las ganancias mutuas pueden ser optimizadas y las pérdidas minimizadas. Es así como en un escenario de conflicto (juego de suma cero), el régimen internacional y por ende las instituciones que lo comprenden se enfrentarían a la dificultad de mantenerse. Véase, BANDYOPADHYAYA, J. y MUKHERJEE, A., “International Regimes and World Peace: A Case Study of NPT and CTBT”, *International Studies*, vol. 37(4), 2000, pp. 303-330.

determinar hasta qué punto el ascenso de China como competidora nuclear de la superpotencia estadounidense afecta al equilibrio sistémico de poder nuclear. Es decir, en el frente de competición de Asia-Pacífico, China aprovecha de la rivalidad nuclear entre Rusia y EE. UU. en Europa para armarse ilimitadamente, con discreción y sin proveer información de forma transparente. Debido al dilema de seguridad nuclear frente al *offshore balancer* estadounidense, Pekín rechaza firmar tratados que puedan obstaculizar o impedir su proliferación nuclear cualitativa y cuantitativa con el objetivo de conseguir capacidades disuasorias defensivas (represalia asegurada como contraataque) frente a la amenaza representada por la política expansionista unilateral de Washington en Asia-Pacífico. Entender cuáles son los fundamentos ideacionales (valores, visiones del mundo, visiones del orden internacional) de la actuación de los estados permite explicar su conducta, que se expresa en dinámicas de acumulación y competición para el poder (rivalidad). Para completar el análisis, es necesario explicar el contexto normativo (tratados y protocolos internacionales) e institucional (autoridad internacional considerada como legítima) contemporáneo que sirve como marco para las relaciones internacionales en ámbito nuclear. A nivel empírico, el tratamiento y análisis de las fuentes disponibles más recientes, en su mayoría del año 2023, aporta relevancia y pertinencia al trabajo en cuanto a su importancia en las Relaciones Internacionales y permite ofrecer una visión actualizada después de más de un año y medio del estallido de la guerra.

Además de esta introducción, el artículo está estructurado en cuatro secciones. La primera sección aborda los efectos que la guerra de Ucrania tiene sobre el orden nuclear internacional en términos de concentración, distribución y competición para el poder. Por una parte, se acelera la dinámica de rearme militar en Europa y Asia, por la otra, China busca la paridad cualitativa y el acercamiento cuantitativo con Rusia y los EE. UU. La segunda sección analiza cómo la guerra genera un cambio ideacional en el orden internacional, debido al aislamiento de Rusia y a la emergencia de China como nueva interlocutora de los EE. UU. China plantea la construcción de un nuevo orden internacional más justo e inclusivo, realmente multilateral, incluso en el ámbito nuclear. Esta visión se contraponen a la de EE. UU., lo que genera la competición ideacional bipolar entre ambas potencias. La tercera sección examina cómo la retirada de Rusia del Tratado Nuevo START sanciona la ruptura del orden institucional de la guerra fría, facilitando la proliferación nuclear en un sistema internacional anárquico. Esto abre la puerta a la competición nuclear entre China, Rusia y Estados Unidos, así como a la proliferación tanto en términos cuantitativos como cualitativos por parte de otros estados nucleares. Finalmente, en las conclusiones, se presentarán las síntesis y los hallazgos clave derivados de las secciones anteriores.

II. LA GUERRA DE UCRANIA Y EL NUEVO EQUILIBRIO DE PODER NUCLEAR

En lo que respecta al poder, entendido como la distribución, el uso y la rivalidad que genera entre potencias competidoras para el poder, la guerra de Ucrania tiene un doble efecto sobre el orden nuclear internacional: primero, acelera la dinámica de rearme militar y proliferación nuclear en Europa y Asia. Segundo, se evidencia cómo China busca afirmarse como nueva superpotencia nuclear que busca la paridad cualitativa y el acercamiento cuantitativo con Rusia

y los EE. UU., consolidando el segundo frente de competición para Washington en la región de Asia-Pacífico. Esto respalda la perspectiva realista ofensiva, en tanto se entiende el acercamiento sino-ruso como una respuesta conjunta a la política de contención de EE. UU. en Asia, agudizando así el dilema de seguridad nuclear en la región. La siguiente tabla explica el equilibrio de poder nuclear de la guerra fría, dividiendo los países de acuerdo con su alineación entre bandos, occidental, no alineado y soviético, y su categorización entre potencias y superpotencias.

Tabla 2. El equilibrio bipolar de poder nuclear en la guerra fría			
	Bando occidental	No alineado	Bando soviético
Superpotencia	EE. UU.		URSS
Potencia	Reino Unido, Francia	China	

Ahora bien, en los albores de la guerra de Ucrania, China y Rusia acercan posiciones³⁰, y bajo la lógica de la competición por el poder, China se abre paso como una nueva superpotencia nuclear. De esta manera, se transita del escenario “una superpotencia contra otra” (EE. UU. contra URSS), a un escenario de “una superpotencia contra dos” (EE. UU. contra Rusia y China), consolidando un equilibrio tripolar sistémico de poder nuclear. Aunado a ello, en los meses posteriores al inicio de la guerra, Francia se desalinea parcialmente de EE. UU. y la OTAN debido a las tensiones en la gestión de las relaciones con Rusia y China, y a su alineamiento con la búsqueda de la autonomía estratégica para la U.E. La siguiente tabla muestra los cambios ahora mencionados, dividiendo los P-5 del TNP en dos bandos.

Tabla 3. El equilibrio tripolar de poder nuclear después de la guerra de Ucrania				
	Bando occidental		Bando sino-ruso	
Superpotencia	EE. UU.		China	Rusia
Potencia	Reino Unido	Francia		

La guerra cataliza la dinámica ofensiva del rearme y la competición nuclear entre China y los EE. UU. por la competición estratégica en Asia, donde Pekín busca romper el muro de contención basado en diferentes círculos de islas de defensa militar estadounidense. En el complejo de seguridad regional³¹ de Asia-Pacífico se consolidan varios dilemas de seguridad relacionados con la nueva postura militar y nuclear de China. El primero es el dilema de supervivencia

30 El 4 de febrero de 2022, China y Rusia emiten el *Joint Statement of the Russia Federation and the People's Republic of China on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development*, en el que afirman que la amistad entre ambos estados no tiene límites y que no existen áreas prohibidas de cooperación. Específicamente en materia de no proliferación nuclear, se mantiene la narrativa de reafirmación del TNP como piedra angular del régimen de no proliferación nuclear a la vez que se manifiesta la preocupación conjunta por el AUKUS. El texto completo del comunicado se encuentra disponible en <http://en.kremlin.ru/supplement/5770>

31 BUZAN, B., WAEVER, O., *Regions and Powers. The Structure of International Security*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

de Taiwán y se debe la reafirmación de Pekín de su soberanía sobre la isla a mediados de 2022. El segundo es compartido por los países aliados de los EE. UU. en la región (Japón, Corea del Sur, Australia y la India) que securitizan³² la amenaza militar y nuclear de China. El tercero se debe a la postura provocadora de Pyongyang que incrementa el dilema de seguridad nuclear de Corea del Sur y Japón. Ambos países proceden con el rearme y con el refuerzo de sus alianzas militares con la superpotencia estadounidense para reforzar el mecanismo de *extended nuclear deterrence*. Para concluir, la guerra de Ucrania consolida la tripolaridad en el orden nuclear contemporáneo: la superpotencia estadounidense debe ahora competir contra China y Rusia y doblar sus esfuerzos para mantener el equilibrio de poder nuclear en las regiones donde esta rivalidad se agrava: Europa y Asia-Pacífico.

1. La lógica ofensiva del orden nuclear internacional a raíz de la guerra de Ucrania: rearme militar y proliferación nuclear

Los datos específicos sobre el gasto nuclear en 2021 son publicados por la Campaña Internacional para la Abolición de las Armas Nucleares (ICAN), premio Nobel para la Paz en 2017. En 2021, los nueve estados nucleares llegan a gastar USD 82,4 mil millones en “sus casi 13000 armas nucleares”, lo que representa más de “156.000 dólares por minuto”, con un crecimiento ajustado a la inflación de USD 6.500 millones comparado con 2020. Los EE. UU. (USD 44.200 millones) representan el 53,64% del gasto nuclear total, superando casi cuatro veces a China (11.700) que acumula el 14,2% del total. Los otros países con altos niveles de gasto nuclear son, como es de esperar, los otros P-5 del TNP: Rusia (USD 8.600 millones), Reino Unido (6.800) y Francia (5.900). La suma del gasto de los otros cuatro estados nucleares no llega a los niveles de Francia: la India registra USD 2.300 millones, seguida por Israel (1.200), Pakistán (1.100) y Corea del Norte, con un gasto orientativo de USD 642 millones³³.

El *SIPRI Yearbook 2022* desglosa el rearme de los estados P-5 del TNP y confirma los datos del ICAN: los EE. UU. destinan el 6% de su gasto militar a las armas nucleares y, en 2021, destinan más de USD 28.000 millones a la modernización de su triada nuclear³⁴. Los datos publicados por el *SIPRI Yearbook 2023* sobre el arsenal nuclear estadounidense del año 2022 confirman un descenso en el número de cabezas nucleares totales almacenadas, pasando de 5.428 a 5.244, debido al programa de modernización de armamentos que establece el desmantelamiento del arsenal más antiguo³⁵. Los datos del SIPRI son estimados porque, desde el año 2022, la Casa Blanca ha decidido retomar la práctica adoptada por la Administración Trump

32 BUZAN, B., WAEVER, O., DE WILDE, J. *Security. A new framework for analysis*, Lynne Rienner Publishers, Colorado, 1998.

33 ICAN, *Squandered: 2021 Global Nuclear Weapons Spending*, 2022, disponible en https://www.icanw.org/squandered_2021_global_nuclear_weapons_spending_report#:~:text=In%20its%20report%20%22Squandered%3A%202021,an%20inflation%2Dadjusted%20increase%20of

34 KRISTENSEN, H., KORDA, M., “World Nuclear Forces”, *SIPRI Yearbook 2022*, 2022, pp. 343-354, disponible en <https://sipri.org/sites/default/files/YB22%2010%20World%20Nuclear%20Forces.pdf>

35 KRISTENSEN, H., KORDA, M., “World Nuclear Forces”, *SIPRI Yearbook 2023: Armaments, Disarmament and International Security*, 2023, pp. 249-250, disponible en <https://www.sipri.org/sites/default/files/YB23%2007%20WNF.pdf>

de no desclasificar esta información³⁶. El programa nuclear estadounidense de los próximos años se centra en aumentar la capacidad de producción de pozos de plutonio, necesarios para producir las armas más modernas y sofisticadas: el objetivo es pasar de una producción anual de 10 pozos en 2022, a una producción de 30 pozos en 2026 y de 80 pozos en 2030. Para poder hacer frente a este crecimiento exponencial de la demanda de estos materiales, Washington ha autorizado la construcción de una segunda central para su producción en Carolina del Sur, que se suma a la central de Los Álamos en el Nuevo México³⁷.

El inventario total de las armas nucleares rusas asciende a 5977 en 2021³⁸. La superpotencia se enfrenta a problemas de retrasos en la modernización de su arsenal, especialmente de la componente aérea de su triada nuclear³⁹, debidos a cuatro factores: la falta del capital humano joven que permita el relevo generacional, la carente competencia técnica y escasa profesionalidad de los altos mandos, la corrupción y, en los últimos diez años, los “dudosos juicios por alta traición” a más de cincuenta científicos. Los datos del SIPRI para el año 2022 están basados en estimaciones debido a la falta de transparencia del Kremlin y registran un ligero descenso en el número total de armas nucleares (5889), debido al desmantelamiento de las armas obsoletas. Por otro lado, Rusia incrementa de 12 unidades sus cabezas nucleares, con 4889 totales, frente a las 3708 cabezas nucleares de los EE. UU. registradas a enero de 2023⁴⁰. La guerra de Ucrania ha generado otros dos problemas para el Kremlin: primero, la escasa calidad del armamento convencional ruso evidente durante los combates menoscaba el prestigio y la credibilidad de su armamento nuclear. Segundo, las sanciones occidentales incluyen un embargo de productos tecnológicos que ralentiza la producción⁴¹.

Los datos del SIPRI confirman una subida del número de cabezas nucleares chinas, que pasan de ser 350 en 2021 a 410 en enero de 2023. Los datos se basan en la poca información pública disponible y en las estimaciones del Departamento de Defensa estadounidense porque “China nunca ha declarado el real tamaño de su arsenal nuclear”⁴². Desde 2017, Pekín refuerza notablemente los mecanismos de la triada de disuasión nuclear, declarando siempre finalidades defensivas. En abril de 2021, llega el anuncio del paso a la estrategia limitada de *high alert duty*: ciertas capacidades nucleares estarán en estatus de “alerta de lanzamiento” (*Launch on Warning*, LOW en su acrónimo inglés) permanente. Hay algunos elementos de la estrategia nuclear china que prueban la actitud disuasoria y la competición con la superpotencia. El pri-

36 US DEPARTMENT OF STATE, “Transparency in the US Nuclear Weapons Stockpile”, *Fact Sheet*, 05/10/2021, disponible en https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/10/Fact-Sheet_Unclass_2021_final-v2-002.pdf

37 US NATIONAL NUCLEAR SECURITY ADMINISTRATION, “Fiscal Year 2022 Stockpile Stewardship and Management Plan”, *Report to Congress*, 15/03/2022, disponible en <https://www.energy.gov/nnsa/articles/nnsas-annual-stockpile-stewardship-and-management-plan-delivered-congress>

38 PRESIDENT OF THE RUSSIAN FEDERATION, “Ministry of Defence Board Meeting”, 21/12/2022, disponible en <http://en.kremlin.ru/events/president/news/70159>

39 KRISTENSEN, H., KORDA, M., *SIPRI Yearbook 2022*, *op. cit.*, p. 360.

40 KRISTENSEN, H., KORDA, M., *SIPRI Yearbook 2023*, *op. cit.*, p. 248.

41 MARAKHONOV, V., “How Chinese military aid to Russia could lead to a strategic reversal of nuclear forces”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, 17/04/2023, disponible en <https://thebulletin.org/2023/04/how-chinese-military-aid-to-russia-could-lead-to-a-strategic-reversal-of-nuclear-forces/>

42 KRISTENSEN, H., KORDA, M., *SIPRI Yearbook 2023*, *op.cit.*, p. 284

mero es la estimación del Departamento de Defensa de los EE. UU. que afirma que el arsenal chino ya cuenta con 100 misiles balísticos intercontinentales (ICBM, en su acrónimo inglés) que pueden alcanzar los EE. UU.⁴³ Si China mantiene este crecimiento cuantitativo elevado, el número de sus ICBM podría llegar a superar el de las dos superpotencias nucleares⁴⁴. El segundo, que será crucial en los próximos años, es la modernización de los vectores de lanzamiento: en noviembre de 2021, se publica la noticia del primer ensayo chino con un sistema de bombardeo orbital fraccional (FOBS, en su acrónimo inglés) combinado con un vehículo de deslizamiento hipersónico (HGV, en su acrónimo inglés), capaz de alcanzar los 6100 km/horarios. Este sistema es invisible a los radares por mantener una órbita inferior a los 240 kilómetros y difícil de interceptar porque, una vez alcanzado el punto más alto de su órbita, baja girando hacia el objetivo, cambiando de trayectoria⁴⁵. La peculiaridad de la prueba china de 2021 es que, por primera vez, un vehículo hipersónico usado para la investigación aeroespacial ha transportado un sistema nuclear FOBS: esto demuestra que China es una superpotencia tecnológica capaz de competir con la superpotencia estadounidense en la producción de las armas nucleares más modernas⁴⁶. Un documento del Pentágono desclasificado sin autorización durante el mes de marzo de 2023 revela que China ha llevado a cabo una prueba exitosa durante el 25 de febrero consistente en combinar un vehículo hipersónico con un misil balístico de rango intermedio, conocido como DF-27. El radio del misil permitiría a China golpear “con alta probabilidad”⁴⁷ el segundo anillo de islas del mecanismo de contención estadounidense en el Océano Pacífico y alcanzar objetivos como Guam, Alaska y Australia⁴⁸. La amenaza nuclear relacionada con los vehículos hipersónicos es securitizada en la última Revisión de la postura nuclear de los EE. UU. de octubre de 2022, junto con la posibilidad de que China y Rusia puedan golpear el territorio continental estadounidense con armas nucleares⁴⁹. Según informa el SIPRI, durante los meses de marzo y mayo de 2023, el Departamento de Defensa de los EE. UU. ha anunciado oficialmente al presidente Biden y al Congreso federal el lanzamiento de un nuevo programa de “Satélites de sensores espaciales de seguimiento balístico e hipersónico” (HBTSS, en su acrónimo inglés) para garantizar la seguridad del país frente a las armas hipersónicas de largo alcance⁵⁰.

43 KRISTENSEN, H., KORDA, M., *SIPRI Yearbook 2022, op.cit.*, p. 386

44 KRISTENSEN, H., KORDA, M., *SIPRI Yearbook 2023, op.cit.*, p. 284

45 BUGOS, S., “China Tested Hypersonic Capability, U.S. Says”, *Arms Control Association*, 2021, disponible en <https://www.armscontrol.org/act/2021-11/news/china-tested-hypersonic-capability-us-says>

46 ZASTROW, M., “How does China’s hypersonic glide vehicle work?”, *Astronomy*, 04/11/2021, disponible en <https://astronomy.com/news/2021/11/how-does-chinas-hypersonic-glide-vehicle-work>

47 THE WASHINGTON POST, THE DISCORD LEAKS. “The key countries and revelations from the Pentagon document leak”, 12/04/2023, disponible en <https://www.washingtonpost.com/world/2023/04/10/pentagon-document-leak-russia-china-israel/>

48 GWADERA, Z., “Intelligence leak reveals China’s successful test of a new hypersonic missile”, *IJSS*, 18/05/2023, disponible en <https://www.ijss.org/en/online-analysis/online-analysis/2023/05/intelligence-leak-reveals-chinas-successful-test-of-a-new-hypersonic-missile/>

49 U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, “2022 NDS Fact Sheet. 2022 Missile Defense Review (MDR)”, 27/10/2022, disponible en <https://media.defense.gov/2022/Oct/27/2003103921/-1/-1/1/MISSILE-DEFENSE-REVIEW-MDR-FACTSHEET.PDF>

50 RAJU, N, y ERASTO, T., “The Role of Space Systems in Nuclear Deterrence”, *SIPRI Background Paper*, September 2023, pp. 1-22, disponible en <https://www.sipri.org/publications/2023/sipri-background-papers/role-space-systems-nuclear-deterrence>

El Reino Unido mantiene 225 cabezas nucleares en 2022. Los submarinos son el elemento más importante de la triada nuclear británica gracias a la cooperación reforzada con los EE. UU., que permite su rápida modernización⁵¹. Londres “no emite datos oficiales sobre los costes de su programa nuclear”, pese a que las estimaciones permiten afirmar que el gasto nuclear británico representa el 10% del gasto militar total⁵². La adopción de la línea dura contra China en la revisión integrada del concepto de seguridad y defensa de marzo de 2021 comporta el fin de la publicación de cualquier dato sobre “las reservas operativas, el número de las cabezas nucleares o de misiles desplegados”⁵³. El fin de la transparencia británica prueba su alineación con los EE. UU. en la competición nuclear con China, como testimonia el cierre del acuerdo AUKUS apenas seis meses después. Al igual que el Reino Unido, Francia mantiene sus 290 cabezas nucleares, de acuerdo con los datos del SIPRI⁵⁴. Al igual que los demás P-5, París sube el gasto para la modernización de sus fuerzas nucleares aéreas y navales⁵⁵ a la que destinará más de EUR 37.000 millones hasta 2025⁵⁶. El gasto previsto para la disuasión nuclear entre 2021 y 2025 amonta a EUR 27.850 millones⁵⁷. Otro parecido con el caso británico es que el gasto nuclear galo cubre el 10% del gasto militar total⁵⁸. Los dos estados nucleares europeos confirman la tendencia al aumento de su gasto nuclear para la proliferación cualitativa de sus arsenales.

En cuanto a los datos agregados, el año 2022 registra un aumento del número total de cabezas nucleares en 86 unidades, para alcanzar un total de 12.512. EE. UU. y Rusia registran una disminución en la transparencia sobre sus arsenales a raíz de la guerra de Ucrania. Además, adoptando una postura parecida a China, “Estados Unidos y el Reino Unido se negaron a hacer pública la información sobre sus fuerzas nucleares en 2022, cosa que sí habían hecho en años anteriores”⁵⁹. Así pues, el análisis muestra que la lógica realista ofensiva aplica al rearme militar y nuclear que están experimentando los países del club nuclear. Los problemas que sufre Rusia para modernizar su arsenal dejan el campo libre a la competición bipolar nuclear entre China y los EE. UU. en la modernización de sus arsenales nucleares, llegando a experimentar con vectores de lanzamiento usados también como vehículos aeroespaciales.

51 KRISTENSEN, H., KORDA, M., *SIPRI Yearbook 2023, op.cit.*, p. 274.

52 ICAN, *op. cit.*, p. 15.

53 HM GOVERNMENT, “Global Britain in a competitive age. The Integrated Review of Security, Defence, Development and Foreign Policy”, 2021, p. 77, disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/975077/Global_Britain_in_a_Competitive_Age_the_Integrated_Review_of_Security_Defence_Development_and_Foreign_Policy.pdf

54 KRISTENSEN, H., KORDA, M., *SIPRI Yearbook 2023, op.cit.*, pp. 279-280.

55 MINISTÈRE DES ARMÉE DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE, “Déclaration de Mme Florence Parly, ministre des armées, sur la politique de défense, à l’Assemblée nationale le 19 février 2021”, 19/02/2021, disponible en <https://www.vie-publique.fr/discours/280297-florence-parly-19022021-politique-de-defense>

56 KRISTENSEN, H., KORDA, M., *SIPRI Yearbook 2022, op.cit.*, p. 377.

57 ASSEMBLÉE NATIONAL DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE, “Avis présenté au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi de finances pour 2019 (n° 1255) Tome IV Défense”, 12/10/2018, disponible en <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/opendata/AVISANR5L15B1304-tIV.html>

58 ICAN, *op. cit.*, p. 11

59 SIPRI, “Los estados nucleares invierten en arsenales nucleares a medida que las relaciones geopolíticas se deterioran”, *SIPRI*, 12/06/2023, p. 3, disponible en <https://www.sipri.org/sites/default/files/PR%20WNF%202023%20ESP.pdf>

Francia y el Reino Unido también aumentan su gasto nuclear, bien para la modernización de la componente naval de sus triadas, bien para mejorar sus capacidades disuasorias. El “deterioro de la seguridad mundial” es un efecto de la guerra de Ucrania que se hace visible en “las cuestiones relacionadas con el armamento, el desarme y la seguridad internacional”. Siguiendo a Dan Smith, director del SIPRI, “nos adentramos en uno de los periodos más peligrosos de la historia de la humanidad”⁶⁰.

2. El cambio en el equilibrio sistémico de poder nuclear consolidado por la guerra de Ucrania: el segundo frente de competición nuclear en Asia-Pacífico para los Estados Unidos de América

El objetivo de este apartado es confirmar que la situación provocada por la guerra de Ucrania permite a China afirmarse como competidora de los EE. UU. en el contexto estratégico asiático. La política china de rearme militar y nuclear, acompañada de las reivindicaciones sobre la soberanía de Taiwán desde el verano de 2022, genera el dilema de supervivencia de la isla y abre el riesgo de un conflicto convencional que involucre a los EE. UU.

La emergencia de la potencia nuclear china puede dividirse en cinco grandes etapas históricas. La primera etapa comienza con la guerra de Corea de 1950-53 que enfrenta potencialmente China a la potencia nuclear estadounidense: el surgimiento de este dilema de supervivencia nuclear provoca el comienzo del programa nuclear que lleva al primer test atómico en 1964. Las tensiones internacionales de los años setenta generan desconfianza en el régimen de Pekín que, bajo la típica lógica realista del dilema de seguridad y del principio de autoayuda, decide rearmarse para garantizar suficientes capacidades nucleares disuasorias, con función exclusivamente defensivas. El final de la guerra fría y la desaparición de la URSS generan un aumento del miedo y la sospecha sobre la actuación de los EE. UU.: a la guerra del Golfo de 1991 se suman la tercera crisis del Estrecho de Taiwán de 1995-96 y el supuesto bombardeo accidental estadounidense del Consulado de China en Belgrado en 1999, interpretados por Pekín como actos de expansionismo unilateral. Esta tercera etapa de los años noventa es caracterizada por una modernización del sistema de disuasión nuclear, con el despliegue de misiles tácticos en plena crisis con Taiwán y de misiles de alcance intermedio para poder vencer a los barcos militares estadounidenses en los Mares de China Oriental y Meridional. La cuarta etapa comienza con el siglo XXI y sanciona la afirmación de China como gran potencia nuclear que sigue con la proliferación vertical cualitativa y cuantitativa, mientras se consolida como superpotencia económica y tecnológica a raíz de la crisis financiera global de 2008-2009. La quinta y última etapa coincide con la llegada de Xi Jinping al poder en 2013: el nuevo líder carismático quiere aprovechar el contexto interno e internacional favorable y propone un cambio ideacional para la política nuclear china, con la clara voluntad de convertirla en una superpotencia que compite con los EE. UU.⁶¹ El ascenso de China como superpotencia económica y tecnológica la

60 *Ibidem*, p. 4

61 TELLIS, A.J., “China” en *Striking Asymmetries: Nuclear Transitions in Southern Asia*, Carnegie Endowment for International Peace, 2002, pp. 9-34, disponible en https://carnegieendowment.org/files/202207-Tellis_Striking_Asymmetries-final.pdf

lleva a buscar construir su esfera de influencia en la vecindad, desencadenando la competición regional en la región de Asia-Pacífico. Este fenómeno se solapa con la guerra de Ucrania, que reanima la competición nuclear entre los antiguos bloques de la guerra fría y deja a Rusia en clara desventaja competitiva. La voluntad del Kremlin de seguir amenazando al *Collective West* le acerca a China, en plena carrera de proliferación⁶². La apertura del frente ucraniano llega en un momento en que el poder acumulado por Pekín hace percibir al líder fuerte y carismático Xi Jinping —determinado a que China sea tratada como superpotencia por los EE. UU.— que ahora puede desafiar la estrategia de contención estadounidense que la rodea.

Hay varios elementos que permiten afirmar que China dispone de capacidades nucleares que le permiten competir con la superpotencia estadounidense, otorgándole, desde el punto de vista del uso del poder, el estatus equivalente al de su rival. El primero es la proliferación vertical cuantitativa asociada a un aumento único del gasto militar y nuclear, con una evidente diferencia con los países que la siguen. Además, China es el único país del grupo P-5 del TNP “que no ha aceptado tener limitaciones voluntarias o legales a su producción de plutonio y uranio enriquecido para sus armas nucleares”⁶³. El segundo es la proliferación cualitativa y la modernización del arsenal nuclear donde China es facilitada por sus capacidades materiales como superpotencia tecnológica. El tercer factor es la capacidad de la que dispone China para atacar objetivos en su región y pronto “tendrá la capacidad de hacerlo con alcance intercontinental también”, según afirma un almirante del Comando Estratégico de los EE. UU. (*U.S. STRATCOM*)⁶⁴. Esto permite a China aplicar su estrategia nuclear eminentemente defensiva basada en la “represalia asegurada”, entendiendo por represalia un contrataque nuclear capaz de hacer daños incalculables al enemigo. Siguiendo esta lógica, la diferencia cuantitativa no es el único criterio de comparación entre arsenales nucleares: como afirma el teniente coronel de U.S. STRATCOM, Thomas Bussiere, la capacidad de disuasión se mide también en términos de “nivel de fuerzas operativas, estado de las armas y posicionamiento de las fuerzas operativas”⁶⁵. A esto hay que sumar que “los EE. UU. no parecen estar en una posición que les permita competir con Rusia y China a la vez. El programa de modernización está sobrecargado y tiene poco margen para expandirse”⁶⁶.

El modelo de competición nuclear entre los EE. UU. y China no se explica con la MAD porque, a diferencia de este modelo puramente ofensivo, la disuasión nuclear china se basa en la combinación del elemento defensivo (reducción del daño en caso de ataque nuclear) con el ofensivo (represalia mínima asegurada). China es un “*pivotal nuclear power*” en su región porque dispone de tres elementos esenciales: la capacidad de represalia, la capacidad de controlar sus aguas territoriales y la disposición de “santuarios seguros” frente a los posibles

62 MARAKHONOV, V., *op. cit.*

63 ALBERQUE, W., “The growing nuclear dimensions of regional security in the Indo-Pacific”, *IISS Online Analysis*, 24/05/2023, disponible en <https://www.iiss.org/online-analysis/online-analysis/2023/05/the-growing-nuclear-dimensions-of-regional-security-in-the-indo-pacific/>

64 TELLIS, A.J., *op. cit.*, p. 46

65 KRISTENSEN, H., KORDA, M., REYNOLDS, E., “Nuclear Notebook: Chinese nuclear weapons, 2023”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, 13/03/2023, disponible en <https://thebulletin.org/premium/2023-03/nuclear-notebook-chinese-nuclear-weapons-2023/>

66 KRISTENSEN, H., REYNOLDS, E., KORDA, M., *op. cit.*

ataques de los submarinos nucleares estadounidenses⁶⁷. El hecho de que China busque un acercamiento cuantitativo a los EE. UU., en virtud del dilema de seguridad nuclear, provoca un rearme ilimitado que confirma la lógica realista estructural ofensiva. A diferencia de la época de la MAD, caracterizada por la relativa paridad entre las dos superpotencias, hoy China tiene un arsenal quince veces inferior al de los EE. UU. y, además, la componente marina de su triada nuclear ha tenido un proceso de ampliación y modernización más tardío, lo que hace prever que los esfuerzos de modernización del arsenal se concentren en este componente⁶⁸. El acuerdo AUKUS puede ser una consecuencia de este proceso. Estas dinámicas, afirma Barry Posen, provocan la constitución de nuevas esferas de influencia basadas en tres elementos: la geografía, el interés nacional y la disuasión nuclear⁶⁹. Un elemento parecido a la guerra fría es la petición de EE. UU. y China a sus aliados para una “alineación estratégica de suma cero”: por esta razón, algunos actores regionales han decidido no alinearse en la competición bipolar, como la ASEAN, Indonesia y Singapur⁷⁰.

Finalmente, el análisis permite corroborar que las dinámicas del uso del poder nuclear catalizadas por la guerra de Ucrania y por la competición entre China y los EE. UU. comporta el rearme de los estados nucleares. El frente asiático de competición nuclear cataliza las dinámicas de proliferación vertical cualitativa (modernización) difusa entre los nueve estados nucleares y las dinámicas de proliferación cuantitativa, evidentes sobre todo en el caso de China. La política de rearme nuclear de Pekín busca conseguir una disuasión nuclear mínima frente a los EE. UU., con el objetivo principal de evitar que un conflicto convencional en Taiwán pueda escalar en guerra nuclear. Consciente de la imposibilidad en el corto y medio plazo de alcanzar la paridad cuantitativa con las dos superpotencias nucleares, China busca modernizar rápidamente su triada para tener capacidad de represalia contra objetivos estadounidenses en la región de Asia-Pacífico y en su territorio continental. Este proceso de modernización es facilitado por el hecho de ser una superpotencia económica —con enorme capacidad de inversión y alta disponibilidad de capital humano— y tecnológica, con capacidad de combinar el uso de la tecnología civil y militar. La política china empuja a la superpotencia estadounidense a actuar como *offshore balancer* para fortalecer su sistema de disuasión nuclear extendida en la región.

III. LA COMPETICIÓN IDEACIONAL BIPOLAR ENTRE CHINA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

A nivel ideacional, es posible afirmar que el orden nuclear internacional se caracteriza por la competición bipolar entre China y EE. UU., portadores de valores y de visiones del mundo di-

67 CARAFANO, J.J., “The future of the U.S.-China nuclear arms race”, *GIS Security*, 21/03/2023, disponible en <https://www.gisreportsonline.com/r/china-united-states-nuclear/>

68 TELLIS A.J., *op. cit.*, p. 50

69 POSEN, B., “Hypotheses on the implications of the Ukraine-Russia war”, *Defense Priorities*, 07/06/2022, disponible en <https://www.defensepriorities.org/explainers/hypotheses-on-the-implications-of-the-ukraine-russia-war>

70 JACKSON, V., “Relational peace versus pacific primacy: Configuring US strategy for Asia’s regional order”, *Asian Politics and Policy*, vol. 15, n. 1, 2023, pp. 141-152, disponible en <https://doi.org/10.1111/aspp.12675>

vergentes. La guerra de Ucrania provoca un cambio ideacional porque genera una nueva guerra fría entre Occidente y Rusia, dejándola aislada en el sistema internacional. China, líder del *Global South*, es la nueva interlocutora de los EE. UU. y se propone para coliderar un nuevo orden internacional más justo e inclusivo, realmente multilateral, incluso en ámbito nuclear. Aprovechando el vacío de poder ideacional dejado por Rusia, China se perfila como una nueva superpotencia nuclear frente a los EE. UU., reafirmando la necesidad de construir un nuevo sistema ideacional no hegemónico y sin la actuación unilateral estadounidense.

La narrativa nuclear de los EE. UU. y del Reino Unido —el país más alineado con Washington— reconoce el papel reforzado de China para el orden internacional actual sin, pero, aceptar ningún cambio en el orden que pueda limitar su actuación en ámbito nuclear. Por otro lado, la narrativa del presidente francés Emmanuel Macron se desalinea parcialmente de sus aliados occidentales nucleares, reafirmando la autonomía nuclear y estratégica de Francia y buscando la misma autonomía para la Unión Europea.

1. El nuevo orden nuclear internacional propuesto por China y Rusia a raíz de la guerra de Ucrania

El objetivo de este apartado es analizar la narrativa sino-rusa y su propuesta de un nuevo orden internacional, incluido el orden nuclear. La estrategia de los dos países es cooperar para reforzarse en todos los ámbitos, incluido el nuclear⁷¹, y poder contener la política expansionista unilateral de la superpotencia estadounidense en Europa, a través de las ampliaciones de la OTAN, y en la región de Asia-Pacífico, a través de alianzas militares —que incluyen la disuasión nuclear extendida de los EE. UU.— bilaterales (Taiwán, Japón, Corea del Sur) y multilaterales (AUKUS y los países *Five Eyes*⁷²).

En sus declaraciones seguidas a la Cumbre entre China y Rusia del 20 de marzo de 2023⁷³, Rusia y China confirman su cooperación para garantizar sus intereses estratégicos frente a la conducta de algunos países (o bloque de países) que buscan obtener una “ventaja militar, política y económica ilegítima”. Putin remarca que las relaciones bilaterales sino-rusas están “en su máximo histórico” y desafía indirectamente a Occidente cuando afirma que “las constantes llamadas telefónicas y videoconferencias” mantenidas con Xi Jinping les permiten ahora resolver incluso los asuntos y problemas “más desafiantes” que surjan en sus agendas bilaterales o en la agenda internacional. El Kremlin envía una clara amenaza nuclear, acusando al Reino Unido de haber pasado de municiones de uranio a las tropas de Kiev: “El *Collective West* ya ha

71 ECHO, X., “Russia confirms enriched uranium supplies to China”, *South China Morning Post*, 5/2/2023, disponible en https://www.scmp.com/news/china/science/article/3219424/russia-confirms-enriched-uranium-supplies-china?module=hp_section_china&pgtype=homepage

72 La *Five Eyes Alliance* es un acuerdo multilateral de inteligencia entre EE. UU., Canadá, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda. En la narrativa sino-rusa, los países anglosajones son los más securitizados entre todos los países occidentales.

73 INSIDE EU MONITORING, “Chinese-Russian Summit: Statements of Presidents Vladimir Putin and Xi Jinping”, 21/03/2023, disponible en https://portal.ieu-monitoring.com/editorial/chinese-russian-summit-statements-of-presidents-vladimir-putin-and-xi-jinping/403365?utm_source=ieu-portal

empezado a usar armas con un componente nuclear” en la guerra de Ucrania⁷⁴. A este respecto, Xi adopta una posición de dura crítica de las políticas occidentales que alimentan las llamas [*flanning the flames*] y empeoran la crisis con Rusia por no respetar sus “intereses legítimos de seguridad”. Un ejemplo de provocación son las “sanciones unilaterales no autorizadas por el Consejo de Seguridad”⁷⁵.

La narrativa sino-rusa sobre el uso del poder critica la política expansionista de la superpotencia estadounidense en los contextos regionales asiático y europeo. El representante de China ante la ONU y otras organizaciones internacionales en Viena define el acuerdo AUKUS como una prueba de “la hipocresía, la política de doble rasero y hegemónica” de las tres “naciones anglosajonas”. El hecho de que dos potencias nucleares (EE. UU. y Reino Unido) proliferen hacia un país no nuclear (Australia) es la prueba de que “estos tres países usan la no proliferación nuclear como herramienta geopolítica”. Wang Wenbin advierte amenazante de no “abrir la caja de Pandora sobre la proliferación nuclear” y hace un llamamiento al OIEA para que “asuma sus responsabilidades sobre la no proliferación” y no se deje coaccionar por estos países proliferadores⁷⁶. Por otro lado, en el frente europeo, Putin anuncia en la televisión el despliegue de armas nucleares en Bielorrusia y responde a las críticas de los países OTAN afirmando que “los Estados Unidos lo han estado haciendo durante décadas” con algunos aliados europeos como Italia, Turquía, Bélgica, Países Bajos y Alemania⁷⁷. Es decir, desde la perspectiva del poder, la narrativa sino-rusa justifica su actuación en los contextos regionales europeo y asiático, responsabilizando a los EE. UU. de las tensiones surgidas. Ambos países afirman estar cooperando para competir con la superpotencia, incluso en el ámbito nuclear, en sus respectivos frentes: Europa y Asia-Pacífico. En la intervención conjunta de Putin y Xi no hay ninguna referencia a la cooperación nuclear en ámbito militar, pese a que el Gobierno estadounidense confirme que Rusia está transfiriendo uranio enriquecido a China⁷⁸.

En relación con la narrativa nuclear rusa, el documento más relevante es el “Concepto de política exterior” aprobado por decreto presidencial el 31 de marzo de 2023. El documento ofrece una visión realista ofensiva de las relaciones internacionales, donde registra la creciente importancia de la dimensión del poder en el orden internacional actual y se confirma la

74 PRESIDENT OF THE RUSSIAN FEDERATION, “Press statements by President of Russia and President of China”, 21/03/2023, disponible en <http://en.kremlin.ru/events/president/news/70750>

75 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “President Xi Jinping and Russian President Vladimir Putin Sign Joint Statement of the People’s Republic of China and the Russian Federation on Deepening the Comprehensive Strategic Partnership of Coordination for the New Era and Stress Settling the Ukraine Crisis Through Dialogue”, 22/03/2023, disponible en https://www.fmprc.gov.cn/eng/zxxx_662805/202303/t20230322_11046088.html

76 PERMANENT MISSION OF CHINA TO THE UNITED NATIONS AND OTHER INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN VIENNA, “Foreign Ministry Spokesperson Wang Wenbin’s remarks on the AUKUS nuclear submarine cooperation”, 23/03/2023, disponible en http://vienna.china-mission.gov.cn/eng/fyrth/202303/t20230323_11048156.htm

77 THE GUARDIAN, “Russia to station tactical nuclear weapons in Belarus”, 25/03/2023, disponible en <https://www.theguardian.com/world/2023/mar/25/russia-to-station-tactical-nuclear-weapons-in-belarus>

78 US DEPARTMENT OF DEFENSE, “Russia Reportedly Supplying Enriched Uranium to China”, 08/03/2023, disponible en <https://www.defense.gov/News/News-Stories/Article/Article/3323381/russia-reportedly-supplying-enriched-uranium-to-china/>

construcción de la amenaza existencial alrededor de Occidente visto como un único bloque⁷⁹, reproduciendo la narrativa de la superpotencia soviética durante la guerra fría. Eventos que prueban la creciente importancia del poder y la proliferación son la “modernización de las capacidades militares ofensivas y la destrucción del sistema de tratados de control de armas”, acompañados por el incremento de los conflictos en algunas regiones estratégicas. Rusia acusa indirectamente a sus enemigos del *Collective West* de unilateralismo y lanza un claro mensaje nuclear disuasorio, típico de la guerra fría: “el uso de la fuerza militar en violación del derecho internacional, la exploración del espacio exterior y de las comunicaciones como nuevas esferas de la acción militar”, la prolongación de conflictos armados (Ucrania), además de representar “una amenaza para la seguridad global, aumentan el riesgo de colisión entre *major states*, incluyendo la participación de las potencias nucleares” que podrían llegar a provocar una guerra global⁸⁰.

Siguiendo aparentemente la lógica del equilibrio de poder, Rusia afirma “estar interesada en mantener la paridad estratégica y la coexistencia pacífica con los EE. UU., y el establecimiento de un equilibrio de intereses”, especialmente considerando el hecho de que las dos *major nuclear powers* tienen una “responsabilidad especial” hacia la seguridad internacional. Pero, el tono se hace desafiante y provocador cuando Rusia lamenta que la posibilidad de crear un nuevo modelo de relaciones nucleares “depende de cuánto los EE. UU. estén preparados para abandonar su política de *power-dominaton*” y basar sus relaciones con Rusia en el respeto de la “igualdad soberana, el beneficio mutuo y el respeto para los intereses de los demás”. El mismo mensaje vale para los “otros estados anglosajones”⁸¹, con una referencia indirecta al Reino Unido, el aliado más fiel a la línea dura estadounidense contra Rusia, y a los demás países del Acuerdo *Five Eyes*, mencionado anteriormente. Entre ellos destaca Australia por el cierre del AUKUS que la provee de submarinos nucleares. Este dato permite registrar que, en general, Rusia securitiza al *Collective West*, reproduciendo una narrativa típica de la confrontación bipolar de la guerra fría, mientras que la securitización nuclear se focaliza en los países anglosajones, más concretamente en el unilateralismo de los EE. UU. y en la actitud “hostil” de los otros países anglosajones, tratados como estados satélites de la superpotencia nuclear estadounidense. Como veremos más adelante, China también centra su atención en los países anglosajones dentro del bloque occidental, distinguiéndolos de Francia y de los otros países de la UE, con los que centra sus relaciones en las dimensiones relacionadas con la baja política.

Hay otras intervenciones oficiales recientes de las máximas autoridades chinas que permiten analizar aún más detalladamente su propuesta para un nuevo orden internacional, incluyendo el orden nuclear. Frente a la inestabilidad provocada por “la política de poder y la hegemonía”⁸², China propone que los elementos ideacionales del nuevo orden sean la “seguridad comprensiva,

79 NUÑEZ VILLAVERDE, J.A., “La ¿nueva? política exterior de Rusia”, *Real Instituto Elcano*, 26/04/2023, disponible en <https://www.realinstitutoelcano.org/blog/la-nueva-politica-exterior-de-rusia/>

80 PRESIDENT OF THE RUSSIAN FEDERATION, “The Concept of the Foreign Policy of the Russian Federation”, 31/03/2023, disponible en <https://russiaeu.ru/en/news/concept-foreign-policy-russian-federation>

81 *Ibidem*.

82 EMBASSY OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA IN THE KINGDOM OF SWEDEN, “Making the World a Safer Place”, 18/02/2023, disponible en http://se.china-embassy.gov.cn/eng/zgxw_0/202302/t20230219_11027215.htm

común, cooperativa y sostenible”⁸³, la justicia global, el diálogo entre civilizaciones (la eliminación de la mentalidad divisoria entre bloques, la despolitización de los derechos humanos y la democracia), el rechazo del colonialismo y de cualquier forma de injerencia en los asuntos internos de un estado que puedan menoscabar su soberanía e integridad territorial. La referencia a Taiwán es un elemento común de las intervenciones del gobierno chino posteriores al verano de 2022: el principio de una sola China es inviolable, una línea roja a no cruzar⁸⁴ (el mismo concepto es expresado por Putin para referirse al ingreso de Ucrania y Georgia en la OTAN⁸⁵) y su no respeto por parte de Washington podría “devastar” las relaciones bilaterales entre las dos *major countries*, recuerda el ministro de Asuntos Exteriores. En una intervención en Nueva York en 2022, Wang Yi pronuncia el refrán chino que anuncia el fracaso al que está destinada la política estadounidense: “un estado hegemónico está destinado a fracasar”. Además, securitiza la alianza entre los EE. UU. y las fuerzas independentistas taiwanesas como la “mayor amenaza para la paz y la estabilidad del Estrecho de Taiwán” porque no quiere reconocer el principio de una sola China y, con ello, su integridad territorial como estado soberano, sancionada por la Resolución 2758 de 1971 de la Asamblea General de la ONU. La resolución pone fin a cualquier intento (estadounidense) de crear “dos Chinas” porque reconoce el representante de Pekín como el único autorizado en representar a la República Popular en las Naciones Unidas⁸⁶.

Estos argumentos justifican el aumento del gasto militar para 2023 del 7,2%, junto con la progresiva modernización de sus arsenales, que sigue siendo “razonable y apropiado”: hay que considerar que los casi USD 225.000 millones gastados por China representan poco más de una cuarta parte de los USD 858.000 millones previstos por Washington (el 40% del gasto mundial). Además, el gasto militar per cápita de China es equivalente a una decimosexta parte del gasto estadounidense. En “claro contraste” con los EE. UU. que mantienen “800 bases militares de ultramar, con 173.000 tropas desplegadas en 159 países”⁸⁷, China se presenta como una superpotencia pacífica que urge a los EE. UU. de “honrar sus compromisos” con el orden internacional porque los dos “*major countries* tienen que ser de ejemplo en la construcción de un mundo mejor”⁸⁸. Después de la visita del Secretario de estado Blinken a Pekín del 19 de

83 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “Making Every Effort for Peace and Development and Shouldering the Responsibility for Solidarity and Progress”, 25/09/2022, disponible en https://www.fmprc.gov.cn/eng/wjdt_665385/zyjh_665391/202209/t20220925_10771160.html

84 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “Maintain a Global Vision, Forge Ahead with Greater Resolve and Write a New Chapter in Major-Country Diplomacy with Chinese Characteristics”, 25/12/2022, disponible en https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/wjb_663304/wjbz_663308/2461_663310/202212/t20221225_10994828.html

85 UNIAN INFORMATION AGENCY, “Text of Putin’s speech at NATO Summit (Bucharest, April 2, 2008)”, 18/04/2008, disponible en <https://www.unian.info/world/111033-text-of-putin-s-speech-at-nato-summit-bucharest-april-2-2008.html>

86 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “The Right Way for China and the United States to Get Along in the New Era”, 23/09/2022, disponible en https://www.fmprc.gov.cn/eng/wjdt_665385/zyjh_665391/202209/t20220923_10770469.html#:~:text=That%20is%20mutual%20respect%2C%20peaceful,the%20past%2050%2Dodd%20years.

87 THE STATE COUNCIL INFORMATION OFFICE OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “China’s 2023 defense budget to rise by 7.2%, remaining single digit for 8th year”, 06/03/2023, disponible en http://english.scio.gov.cn/chinavoices/2023-03/06/content_85146919.htm

88 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, 25/12/2022, *op. cit.*

junio de 2023, Xi reafirma la responsabilidad de China y los EE. UU. de encontrar la forma de “coexistir en paz y mantener relaciones de amistad y cooperación” porque de ello depende “el futuro y el destino de la humanidad”. China respeta los “intereses de los EE. UU. y no busca desafiarlos ni remplazarlos. De la misma manera, los EE. UU. deben de respetar a China y no violar sus legítimos intereses y derechos. Ninguna de las partes [...] debería privar a la otra de su legítimo derecho al desarrollo”. Xi invita a los EE. UU. a adoptar una “actitud racional y pragmática” para establecer relaciones mutuas basadas en “el respeto mutuo, la coexistencia pacífica y la cooperación de suma positiva” en los ámbitos donde hay convergencia de intereses⁸⁹, recordando el concepto de rivalidad cooperativa en la *smart competition* bipolar de Joseph Nye, antes citado. En referencia al ámbito nuclear, China reafirma su compromiso con el TNP, que le otorga estatus de potencia nuclear, y con el régimen internacional de no proliferación, además de afirmar su voluntad de “construir una arquitectura global para la seguridad nuclear caracterizada por la justicia y la cooperación *win-win*”⁹⁰.

Para concluir, el acercamiento de posiciones entre China y Rusia resulta en la construcción de una narrativa desafiante y a tratos amenazante hacia los EE. UU. y, en el caso de Rusia, de los países anglosajones del *Collective West*, esto es, “ideas indiscutibles frente a ideas en discusión”. Los dos países se hacen portadores de una visión distinta del orden internacional, incluyendo el orden nuclear, cuya condición necesaria es el cese de la política expansionista de la superpotencia estadounidense en Europa y Asia-Pacífico. Entrando más en detalle en la narrativa china, el principal elemento ideacional a destacar es su propuesta como la única competidora de los EE. UU., incluso en ámbito nuclear, en calidad de líder del *Global South* y de potencia que quiere afirmarse en su vecindad.

2. La narrativa de los Estados Unidos de América, Reino Unido y Francia sobre el orden nuclear internacional y la evolución de sus relaciones con China

Este apartado analiza la narrativa estadounidense, británica y francesa en relación con el cambio en el orden nuclear internacional provocado por la guerra de Ucrania. La hipótesis de partida es que los altos mandos estatales de estos países acepten el hecho consumado de la competición bipolar entre las dos superpotencias, incluso en ámbito nuclear. El Reino Unido y los EE. UU. securitizan la amenaza nuclear china en Asia y mantienen una postura firme con Pekín. Por otro lado, Macron se desalinea parcialmente de la postura estadounidense. Esto se debe a repetidas fricciones estratégicas entre París y Washington-Londres, culminadas con los últimos reproches mutuos sobre la gestión de las relaciones internacionales, pero de dominio público desde septiembre de 2021 con el cierre del acuerdo trilateral AUKUS⁹¹: el Reino Uni-

89 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, “President Xi Jinping Meets with U.S. Secretary of State Antony Blinken”, 19/06/2023, disponible en https://www.fmprc.gov.cn/eng/zxxx_662805/202306/t20230619_11099957.html#:~:text=On%20the%20afternoon%20of%20June,generally%20stable%20China%2DU.S.%20relationship.

90 MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA, 22/02/2023, *op. cit.*

91 AUSTRALIAN GOVERNMENT – DEFENCE, “The AUKUS Nuclear-Powered Submarine Pathway”, 2023, disponible en <https://www.defence.gov.au/about/taskforces/aukus>

do y los EE. UU. ganan a la competencia francesa en la venta de submarinos nucleares a Australia, haciendo perder un contrato de EUR 56.000 millones al gigante francés *Naval Group*⁹².

La guerra de Ucrania provoca un cambio repentino en la doctrina nuclear de los EE. UU. Un mes después del comienzo de la guerra, el presidente Biden transmite al Congreso, dentro del marco de la Estrategia de defensa nacional, la Revisión de la doctrina nuclear y la Revisión de la defensa de misiles. La nueva interpretación presidencial prevé la posibilidad del primer uso del armamento nuclear “en circunstancias extremas para defender los intereses vitales de los Estados Unidos o sus socios y aliados. [...] Esto podría incluir el uso del nuclear para disuadir frente a ataques enemigos convencionales, biológicos, químicos e incluso cibertataques”⁹³. La nueva Revisión de la doctrina nuclear, publicada en octubre de 2022, confirma que la disuasión nuclear estadounidense incluye aquellos ataques no nucleares que tienen “graves consecuencias estratégicas”⁹⁴. El documento menciona las “nuevas amenazas que han crecido en Europa y en el Indo-Pacífico” para resaltar la necesidad de fortalecer la *extended nuclear deterrence* de la superpotencia. Frente a la amenaza rusa, los EE. UU. se comprometen al mantenimiento de un mecanismo de disuasión nuclear “moderno, preparado y creíble” para la OTAN. Por otro lado, los EE. UU. confirman su compromiso duradero para la seguridad en la región del Indo-Pacífico gracias al “despliegue de fuerzas nucleares flexibles preparadas para evitar conflictos nucleares regionales” y al refuerzo de la cooperación multilateral con los aliados en la región a nivel de compartición de información y de interoperabilidad de fuerzas⁹⁵.

Desde el punto de vista ideacional, según Biden, “la comunidad internacional espera” que la competición bipolar no impida a Washington y Pekín establecer los principios a respetar para conseguir los objetivos comunes, entre los cuales destacan la lucha contra el cambio climático, la estabilidad macroeconómica y financiera mundial, la seguridad sanitaria y la seguridad alimentaria⁹⁶. Los EE. UU. afirman buscar “competición, no conflicto, con China. No estamos buscando una nueva guerra fría”⁹⁷.

92 BROWN, E., DARMANIN, J., “French submarine maker’s Australian job: On the hunt for a corporate leaker”, *Politico*, 07/12/2022, disponible en <https://www.politico.eu/article/france-submarine-makers-naval-group-australia-job-hunt-corporate-leaker-aukus/>

93 KIMBALL, D. G., “Putin’s Assault on Ukraine and the Nonproliferation Regime”, *Arms Control Association*, marzo de 2022, disponible en <https://www.armscontrol.org/act/2022-03/focus/putins-assault-ukraine-nonproliferation-regime>

94 U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, “2022 Nuclear Posture Review Fact Sheet. U.S. nuclear deterrence strategy and policy”, 27/10/2022, disponible en <https://media.defense.gov/2022/Oct/27/2003103923/-1/-1/1/NUCLEAR-STRATEGY-AND-POLICY-NPR-FACTSHEET.PDF>

95 U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE, “2022 Nuclear Posture Review Fact Sheet. U.S. extended deterrence”, 27/10/2022, disponible en <https://media.defense.gov/2022/Oct/27/2003103941/-1/-1/1/EXTENDED-DETERRENCE-NPR-FACTSHEET.PDF>

96 THE WHITE HOUSE, “Readout of President Joe Biden’s Meeting with President Xi Jinping of the People’s Republic of China”, 14/11/2022a, disponible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/11/14/readout-of-president-joe-bidens-meeting-with-president-xi-jinping-of-the-peoples-republic-of-china/>

97 THE WHITE HOUSE, “Remarks by President Biden on the United States’ Response to Recent Aerial Objects”, 16/02/2023, disponible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2023/02/16/remarks-by-president-biden-on-the-united-states-response-to-recent-aerial-objects/>

A diferencia de China, los EE. UU. condenan “la brutal guerra contra Ucrania y las irresponsables amenazas rusas del uso de armas nucleares”. Pero, en su declaración conjunta de noviembre de 2022, Biden y Xi retoman la famosa frase de Reagan y Gorbachov del 21 de noviembre de 1985⁹⁸, reafirmada por los P-5 del TNP el 3 de enero de 2022⁹⁹: “*a nuclear war cannot be won and must never be fought*”, para manifestar su “oposición al uso o a la amenaza del uso de armas nucleares en Ucrania”¹⁰⁰. El contexto estratégico europeo —donde los EE. UU. y la OTAN compiten con Rusia— registra este único punto de acuerdo entre los dos países¹⁰¹. Cuando se refiere al contexto asiático, Biden retoma el tono propio de la “competición vigorosa” para condenar la “conducta provocativa” nuclear norcoreana, recordar a China “su obligación de intentar explicar a Corea del Norte que no debería hacer test nucleares de largo alcance”¹⁰² y reafirmar el “compromiso férreo [*ironclad commitment*]” de los EE. UU. para la seguridad de sus aliados asiáticos, confirmando no estar dispuesto a aceptar cambios en el equilibrio de poder en la región. Desde la perspectiva institucional, Biden confirma querer fortalecer los mecanismos de comunicación y cooperación en las relaciones bilaterales con China. En el ámbito de la competición para el poder, en la declaración conjunta con Xi, el comandante en Jefe no menciona específicamente el ámbito nuclear, mientras que destaca sus “preocupaciones” sobre las violaciones de los derechos humanos, especialmente en el Xinjiang, Hong Kong y el Tíbet, las prácticas económicas desleales como el dumping y las detenciones ilegales de ciudadanos estadounidenses en China. La narrativa de Biden llega a securitizar “las acciones coercitivas y paulatinamente agresivas” chinas sobre Taiwán por ser un intento de “cambio unilateral del estatus quo” que podría “comprometer seriamente la prosperidad global”¹⁰³.

Después de su visita a Pekín en junio de 2023, Blinken revalida que las relaciones entre China y los EE. UU. son “de las más trascendentales del mundo” y que ambos países tienen “la obligación de gestionarlas de forma responsable”. Reafirma el papel y la responsabilidad china para la paz en Ucrania, en el marco de la ONU, y para frenar “la retórica y las acciones inconsideradas” de Corea del Norte en ámbito nuclear. A la vez, el secretario de Estado confirma la postura estadounidense en relación con Taiwán: pese a no poner en discusión el principio de “una sola China”, los EE. UU. lamentan las “acciones provocadoras en el Estrecho de Taiwán y en los Mares de China Meridional y Oriental” y se oponen a “a cualquier cambio

98 RONALD REAGAN PRESIDENTIAL LIBRARY AND MUSEUM, “Joint Soviet-United States Statement on the Summit Meeting in Geneva”, 21/11/1985, disponible en <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/joint-soviet-united-states-statement-summit-meeting-geneva>

99 THE WHITE HOUSE, “Joint Statement of the Leaders of the Five Nuclear-Weapon States on Preventing Nuclear War and Avoiding Arms Races”, 03/01/2022, disponible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/01/03/p5-statement-on-preventing-nuclear-war-and-avoiding-arms-races/>

100 THE WHITE HOUSE, 14/11/2022a, *op. cit.*

101 CHATHAM HOUSE, “A new nuclear order. In conversation with Rafael Mariano Grossi”, 07/02/2023, disponible en <https://www.chathamhouse.org/events/all/members-event/new-nuclear-order>

102 THE WHITE HOUSE, “Remarks by President Biden in a Press Conference | Bali, Indonesia”, 14/11/2022b, disponible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/11/14/remarks-by-president-biden-in-a-press-conference-bali-indonesia/>

103 THE WHITE HOUSE, 14/11/2022a, *op. cit.*

unilateral del estatus quo”. Blinken recuerda el compromiso militar de la superpotencia con el *Taiwan Relations Act* de 1979 que establece el derecho de Taiwán a la legítima defensa frente a cualquier intento de coerción que pueda poner en peligro la seguridad de su sistema político, económico y social. El secretario estadounidense recuerda que un conflicto en Taiwán tendría consecuencias catastróficas a nivel mundial porque “el 50% del tráfico de los contenedores comerciales pasa por el Estrecho de Taiwán. El 75% de los semiconductores son manufacturados en Taiwán”¹⁰⁴.

Según Biden, queda por determinar si Xi mantiene su proyecto de “construir el ejército más grande del mundo, junto con la economía más grande. Pero, le queda un largo camino a recorrer para conseguir ambos” objetivos. En el corto plazo, los EE. UU. admite la necesidad de discutir con China sobre “la localización, el número y el acceso” a las armas nucleares¹⁰⁵, reconociendo la relevancia de Pekín para el orden nuclear internacional. La postura estadounidense muestra que la superpotencia acepta la emergencia de China como competidora global y le reconoce una importancia decisiva para la seguridad internacional y para la seguridad nuclear, especialmente después de que la guerra de Ucrania relegara a Rusia al rango de *junior partner* de China. Pese a este reconocimiento, los EE. UU. remarcan su estatus de superpotencia nuclear y se muestran dispuestos a enfrentarse a cualquier intento de modificar el estatus quo, acusando a China de ser una “potencia revisionista” y ofensiva en el actual orden internacional y de querer modificar el equilibrio de poder en Asia para sus intereses nacionales.

En relación con Francia, el único documento oficial en materia nuclear publicado después de la guerra de Ucrania es un informe presentado por la Comisión de asuntos exteriores, defensa y fuerzas armadas del Senado en febrero de 2023, que recoge las lecciones aprendidas después de un año de guerra: en repetidas ocasiones, el documento remarca que “la disuasión nuclear queda como última garantía de la seguridad y la independencia de la nación”. Las prioridades francesas en el corto y medio plazo son: primero, encontrar un nuevo equilibrio entre las capacidades de disuasión nuclear y las fuerzas convencionales, manteniendo la “calidad reconocida de sus equipamientos” nucleares y aumentando “las cantidades disponibles de armamento convencional” para garantizar, en todo momento, la capacidad de decisión y de acción del país en contextos de conflictos de alta intensidad. Segundo, transmitir a las nuevas generaciones nacidas en la posguerra fría “la cultura de la disuasión”: esto para garantizar en todo momento y “en su totalidad, el debate democrático” sobre el asunto. Tercero, convertirse en un “aliado ejemplar en la OTAN” y evitar ser “puesta al margen”: para conseguir este objetivo, París debe de “involucrarse en los procesos de concepción y elaboración de doctrinas y normas, sin renunciar a sus capacidades de valoración” autónomas¹⁰⁶. Para concluir, el documento presentado al Senado francés adopta una postura pragmática, reconociendo que el paraguas nuclear

104 U. S. DEPARTMENT OF STATE, “Secretary of State Antony J. Blinken’s Press Availability” *Beijing American Center; Beijing*, 19/06/2023, disponible en <https://www.state.gov/secretary-of-state-antony-j-blinkens-press-availability/>

105 THE WHITE HOUSE, “Remarks by President Biden in Press Conference”, 09/11/2022, disponible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/11/09/remarks-by-president-biden-in-press-conference-8/>

106 SÉNAT DE LA REPUBLIQUE FRANCAISE, “Rapport d’information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur : « Ukraine : un an de guerre. Quels enseigne-

de la OTAN representa el único mecanismo de “seguridad a largo plazo para los socios europeos. Los progresos de la Unión Europea en materia de defensa son significativos [...] Pero, la autonomía estratégica europea se consigue sólo a través de un proceso a largo plazo”¹⁰⁷.

Las intervenciones de Macron después de la visita oficial a China a principios de abril de 2023 confirman la parcial desalineación de los EE. UU. y la OTAN, el compromiso férreo con los aliados europeos y el acercamiento a Pekín. El análisis destaca los tres elementos del orden nuclear propuesto por Francia y China. En ámbito ideacional, Francia confirma el estatus de grandes potencias de ambos países, el principio de una sola China, el rechazo del unilateralismo¹⁰⁸, la “crítica” de cualquier intento estadounidense de dividir (*decoupling*) París y Pekín, la política exterior francesa independiente de los EE. UU. y la OTAN, la búsqueda de una “autonomía estratégica europea”¹⁰⁹. En ámbito nuclear, Francia reconoce que su relación bilateral con Pekín ya no sigue el modelo maestro-aprendiz, sino que los dos países cooperan como socios estratégicos: China aporta la inversión de capitales y Francia el conocimiento técnico¹¹⁰. A nivel institucional, Francia comparte la visión china de un orden internacional y nuclear basado en el multilateralismo y el diálogo, los principios de la Carta ONU y los pilares del TNP: estos tratados reflejan el equilibrio de poder de la guerra fría y siguen otorgando a Francia el estatus de gran potencia, incluso nuclear. Siguiendo la misma lógica que Xi y, aparentemente también de Putin, Macron pide que la superpotencia estadounidense ponga fin a su unilateralismo expansionista (la ampliación de la OTAN al Este) y competitivo (AUKUS) y que limite su actuación de acuerdo con los mecanismos establecidos por el orden internacional. A nivel bilateral, nace el primer mecanismo de cooperación militar entre las fuerzas navales de los dos países en el Océano Pacífico para “fortalecer el mutuo entendimiento sobre los asuntos de seguridad regionales e internacionales [...] y gestionar las divergencias en ámbito militar”¹¹¹.

En conclusión, Francia se desalinea parcialmente de la postura de sus aliados de la OTAN y aprovecha la competición estratégica entre Washington y Pekín para fortalecer sus relaciones bilaterales (y europeas) con China: el ámbito nuclear permite a Francia beneficiarse del estatus institucional de gran potencia y estado nuclear otorgado por la Carta de la ONU y el régimen internacional basado en el TNP, acercarse a nivel ideacional a China para criticar la postura estadounidense en los contextos regionales europeo y asiático.

ments pour la France?”, 8 de febrero de 2023, pp. 6-7, disponible en <https://www.senat.fr/rap/r22-334/r22-3341.pdf>

107 *Ibidem*, p. 27

108 ÉLYSÉE, “Déclaration conjointe entre la République française et la République populaire de Chine”, 07/04/2023, disponible en <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2023/04/07/declaration-conjointe-entre-la-republique-francaise-et-la-republique-populaire-de-chine>

109 LIRONG, L., “Sino-French joint statement: Candid dialogue and pragmatic Cooperation”, *CGTN-Opinion*, 09/04/2023, disponible en <https://news.cgtn.com/news/2023-04-09/Sino-French-joint-statement-Candid-dialogue-and-pragmatic-cooperation-1iRp3vEvSpO/index.html>

110 CHEN, D., CHEN, Y., “Nuclear Energy Has Become One of the Priorities in China-France Cooperation”, *The Diplomat*, 11/04/2023, disponible en <https://thediplomat.com/2023/04/nuclear-energy-has-becomes-one-of-the-priorities-in-china-france-cooperation/>

111 LIRONG, L., *op. cit.*

El último país del P-5 analizado es el Reino Unido que adopta la línea dura hacia China, manteniéndose completamente alineado con Washington. El documento estratégico sucesivo a la guerra de Ucrania es la “Revisión integrada de la política de seguridad y defensa” del marzo de 2023, donde se securitiza la amenaza china por su “expansión militar significativa”, su voluntad de conseguir un “rol dominante” en los asuntos internacionales y por ser un “desafío *epoch-defining* para el tipo de orden internacional que queremos ver, desde el punto de vista de la seguridad y de los valores”. Esto porque Pekín busca crear un “orden internacional *China-céntrico* más favorable para su sistema autoritario”, llegando a representar un “desafío sistémico”. El Reino Unido afirma su voluntad de tomar “acciones robustas” para proteger su interés nacional frente a la amenaza china, como es propio de una “diplomacia madura entre dos países P-5 y se alinea con el enfoque adoptado por los aliados y socios más cercanos en Europa, EE. UU., Australia, Canadá y Japón”¹¹².

La línea dura británica empieza a generar un debate sobre su aplicabilidad y sostenibilidad dentro del mismo gobierno conservador, como remarca en una reciente entrevista el secretario de Estado. James Cleverly afirma que China es una “superpotencia tecnológica” que registra un “crecimiento imparable”. El Reino Unido es un estado aliado de los EE. UU. y no “vasallo”, como indica Macron, con derecho “a definir sus relaciones con los otros países” para garantizar su interés nacional. Según Cleverly, su gobierno no debe de “bajar las persianas [*pull the shutters down*] con China” para no perder influencia sobre un país tan “grande, influyente e importante” para el orden internacional¹¹³. En ámbito nuclear, Londres anuncia una financiación adicional en dos años de GBP 5.000 millones que indica la resiliencia nuclear como una prioridad y confirma haber reducido “la participación china en el sector nuclear civil”¹¹⁴.

En conclusión, el Reino Unido confirma su total alineación con los EE. UU.: reconoce y securitiza el ascenso de la superpotencia China como una amenaza para el interés nacional y para sus aliados atlánticos y de Asia-Pacífico. La superpotencia estadounidense afirma su compromiso en querer mantener el equilibrio de poder actual y de no estar dispuesta a aceptar cambios del estatus quo. Francia se desalinea de la postura atlantista, comienza la cooperación militar naval con China, confirmando la tendencia acelerada por la guerra de Ucrania de buscar una política exterior independiente y la autonomía estratégica para la UE.

IV. LA RUPTURA DEL ORDEN INSTITUCIONAL DE LA GUERRA FRÍA

En lo que respecta al nivel institucional, la salida de Rusia del Tratado Nuevo START representa el último duro golpe a la estructura normativa del orden institucional de la guerra fría,

112 HM GOVERNMENT, “Integrated Review Refresh 2023. Responding to a more contested and volatile world”, 2023, disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1145586/11857435_NS_IR_Refresh_2023_Supply_AllPages_Revision_7_WEB_PDF.pdf

113 CRERAR, P., “UK should not ‘pull the shutters down’ on China, says James Cleverly”, *The Guardian*, 18/04/2023, disponible en <https://www.theguardian.com/politics/2023/apr/18/uk-should-not-pull-the-shutters-down-on-china-says-james-cleverly>

114 HM GOVERNMENT, 2023, *op. cit.*

acelerando la dinámica realista ofensiva de proliferación nuclear. El nuevo sistema es anárquico y deja campo libre a la competición nuclear entre China/Rusia y EE. UU. (proliferación vertical), a la proliferación vertical cualitativa y cuantitativa de otros estados nucleares (Reino Unido, Francia, Corea del Norte, India, Pakistán e Israel) y aumenta el riesgo de proliferación horizontal en los dos frentes de competición abiertos por la guerra de Ucrania: piénsese a las señales de alojamiento del TNP dadas por Bielorrusia y Australia. Los largos tiempos institucionales necesarios para negociar y aprobar nuevos acuerdos llevan a afirmar la imposibilidad de surgimiento de un nuevo orden nuclear internacional en el corto o medio plazo. En este contexto, el presente apartado se centra en analizar la ruptura de la estructura normativa del orden nuclear internacional.

Tres puntos de inflexión marcan el surgimiento y consolidación del actual orden nuclear internacional: las “Recomendaciones para la protección física del material nuclear” del OIEA de 1972, actualizado en 1975; la caída de la URSS que provoca el robo de material nuclear en las antiguas centrales soviéticas; y, por último, los atentados del 11 de septiembre de 2001 porque generan un ímpetu político que promueve la mejora de las medidas de seguridad nuclear frente al ciberterrorismo¹¹⁵. A estos acontecimientos, hay que añadir la guerra de Ucrania de 2022 porque genera graves preocupaciones compartidas sobre la seguridad de las centrales nucleares. El régimen internacional de seguridad nuclear está compuesto por tres elementos complementarios: el marco normativo que comprende todas las medidas y los sistemas de seguridad nuclear de las instalaciones y los materiales; los actores responsables de su implementación; y los sistemas (entendidos como conjunto de medidas) para la seguridad nuclear¹¹⁶. El marco normativo se rige sobre tres pilares: primero, las convenciones multilaterales, como la Convención Internacional para la Eliminación de los actos de Terrorismo Nuclear de 2005; segundo, las iniciativas globales, como la *Global Partnership* contra la proliferación de armas y materiales de destrucción masiva de 2002, encabezada por el G7 y a la que pertenecen treinta estados y la UE; tercero, los documentos-guía para la seguridad nuclear publicados por el OIEA.

Por razones de espacio, nos limitaremos a analizar cómo las tensiones pasadas y presentes entre EE. UU. y Rusia provocan su retirada o la suspensión de aquellos mecanismos formales (tratados) bilaterales y multilaterales para la no proliferación nuclear. En este contexto, China puede seguir con su programa de rearme nuclear ilimitado con relativa discreción y opacidad, debido a que nunca ha ratificado los tratados internacionales para la limitación de la carrera armamentística nuclear (ej. TPN).

En febrero de 2023, Putin anuncia la suspensión del Tratado Nuevo START, el último tratado relativo al régimen de control de armas nucleares entre Washington y Moscú¹¹⁷. Antes de este

115 FEDCHENKO, V., “Nuclear Security During Armed Conflict: lessons from Ukraine”, *SIPRI Research Policy Paper*, marzo de 2023, p. 13, disponible en https://www.sipri.org/sites/default/files/2023-03/rpp_2303_ukraine_intl_security_0.pdf

116 IAEA, “IAEA Nuclear Safety and Security Glossary”, 2022, p. 141, disponible en <https://www-pub.iaea.org/MTCD/Publications/PDF/IAEA-NSS-GLOWeb.pdf>

117 PRESIDENT OF RUSSIA, “Presidential Address to Federal Assembly”, 21/02/2023, disponible en <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/70565>

acontecimiento, entre los años 2002 y 2020, las dos superpotencias nucleares se retiran o suspenden los cuatro otros tratados sobre no proliferación y control de armamentos. En 2002, los EE. UU. anuncian su retirada del Tratado sobre Misiles Antibalísticos, firmado treinta años antes. Después de las ampliaciones a Este de la OTAN, seguidas por el despliegue de un escudo de defensa antimisiles en República Checa y Polonia, en 2007 Rusia se retira del Tratado sobre Fuerzas Convencionales en Europa de 1990. En 2019, los dos estados no renuevan el Tratado de Fuerzas Nucleares de Alcance Intermedio, firmado en 1987, intercambiando acusaciones recíprocas sobre su violación. A finales del año 2020, los EE. UU. se retiran del Tratado sobre Cielos Abiertos de 2002, seguido por Rusia en 2021. La caída de estos cinco tratados que limitan la proliferación nuclear entre EE. UU. y Rusia dejan al entorno estratégico europeo sin límites normativos al rearme ilimitado entre las dos superpotencias rivales.

En el frente de competición de Asia-Pacífico, China aprovecha de la rivalidad nuclear entre Rusia y EE. UU. en Europa para armarse ilimitadamente, con discreción y sin proveer información de forma transparente¹¹⁸. Debido al dilema de seguridad nuclear frente al *offshore balancer* estadounidense, Pekín rechaza firmar tratados que puedan obstaculizar o impedir su proliferación nuclear cualitativa y cuantitativa con el objetivo de conseguir capacidades disuasorias defensivas (represalia asegurada como contraataque) frente a la amenaza representada por la política expansionista unilateral de Washington en Asia-Pacífico. En este contexto de desconfianza mutua difusa que incrementa el dilema de seguridad nuclear, los P-5 del TNP, incluida China, y los demás países de la OTAN¹¹⁹, no parecen intencionados en ratificar el Tratado de Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN) de 2017: los P-5 y los otros estados pertenecientes al club nuclear no aceptan un orden internacional sin armas nucleares, ignorando la “frustración” de los países no nucleares, especialmente los pertenecientes al *Global South*¹²⁰. Tampoco ha entrado en vigor el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares de 1996: China y los EE. UU. lo han firmado, pero no han procedido a su ratificación. Los otros estados nucleares no reconocidos por el TNP (India, Pakistán, Israel y Corea del Norte) tampoco han procedido con su ratificación¹²¹.

La situación internacional ve a los EE. UU. competir a nivel nuclear con China en Asia y con Rusia en Europa: los tres principales estados (los tres polos) nucleares pueden proliferar sin limitaciones a raíz de la guerra de Ucrania. A esto se suman las aspiraciones de proyección internacional por parte de Francia y Reino Unido que, además de jugar el papel de potencias nucleares regionales en Europa, intentan garantizar sus intereses en el contexto estratégico asiático. Asia es teatro de la proliferación vertical de los demás países del club nuclear (Corea del Norte, Pakistán, India e Israel) y de las dinámicas de proliferación horizontal alimentadas por tensiones interestatales (Irán, Corea del Sur, Japón, además de Australia). En suma, la caída de la dimensión institucional formal (los tratados) del orden nuclear internacional facilita las dinámicas ofensivas de

118 KRISTENSEN, H., KORDA, M., “World Nuclear Forces”, *SIPRI Yearbook 2022*, 2022, pp. 341-432, disponible en <https://sipri.org/sites/default/files/YB22%2010%20World%20Nuclear%20Forces.pdf>

119 SIPRI, “SIPRI Yearbook 2022. Armaments, Disarmament and International Security-Resumen en español”, 2022, disponible en https://www.sipri.org/sites/default/files/2022-10/yb22_summary_esp.pdf

120 JINTRO, P., “Nuclear Order: Atomized”, en BUNDE, T. et al. (eds.), *Re:vision Munich Security Report 2023*, Munich Security Conference, febrero de 2023, pp. 115–125, disponible en <https://doi.org/10.47342/ZBJA9198>

121 SIPRI, 2022, *op. cit.*

proliferación nuclear y dificulta el papel del OIEA como *locus* de autoridad internacional. Estos factores ponen a prueba el régimen internacional de no proliferación nuclear.

Pese a representar el *locus* más legitimado del régimen de seguridad nuclear internacional establecido por el TNP, el rol del OIEA en el contexto actual se enfrenta a dos grandes obstáculos. Como afirma el mismo Grossi: “las nuevas realidades geopolíticas están complicando mucho nuestro trabajo”¹²². El primer problema es de carácter normativo e ideacional porque el régimen surgido en 1972 está diseñado exclusivamente para las amenazas provenientes de los actores no estatales: “Cambiar esta situación significaría renegociar todo el régimen internacional de seguridad nuclear” para llegar a regular también “las acciones de los estados y de sus fuerzas armadas”¹²³. La segunda complicación deriva de las abiertas críticas al OIEA por parte de Pekín debido al AUKUS, definido un acto de proliferación que simboliza “hipocresía, política del doble rasero y hegemonía” por parte de los países anglosajones e invita al OIEA a “asumirse sus responsabilidades”¹²⁴. Pese a las palabras de Biden durante la X Conferencia de revisión del TNP que aseguran el cumplimiento de “los estándares más altos de no proliferación” gracias a la colaboración entre los países AUKUS y el OIEA¹²⁵, el mismo Grossi, en febrero de 2023, define el acuerdo como “un asunto muy complejo en el sentido de que tiene muchos aspectos legales y técnicos”. El hecho de que el TNP no prohíba expresamente la venta de submarinos a propulsión nuclear a un país no dotado de armas nucleares, como es Australia, permite a los países AUKUS cerrar el acuerdo. Esto comporta fricciones en la comunidad internacional que se divide entre los países como Canadá, que deciden no perseguir, y aquellos como China que lo ven como un claro “proyecto para la proliferación”. Además, el mismo TNP se encuentra bajo presión internacional por no resultar útil a la hora de dirimir esta controversia: según la metáfora de Grossi, el AUKUS es un plato que “estaba en el menú, pero nadie lo ha estado pidiendo durante años”¹²⁶.

Como corolario, la guerra de Ucrania cataliza la ruptura del orden institucional de la guerra fría, que limitaba la proliferación nuclear de las dos superpotencias, y acelera las dinámicas de proliferación vertical cualitativa y cuantitativa y horizontal, especialmente en los contextos estratégicos teatro de la competición nuclear: Europa y Asia-Pacífico.

V. CONCLUSIONES

El presente trabajo analiza cómo la guerra de Ucrania impacta la configuración del orden nuclear internacional. La pregunta de investigación es abordada a través de un marco analítico

122 CHATAM HOUSE, 2023, *op. cit.*, p. 21.

123 FEDCHENKO, 2023, *op. cit.*, p. 19.

124 PERMANENT MISSION OF PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA TO THE UNITED NATIONS AND OTHER INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN VIENNA, *op. cit.*

125 THE WHITE HOUSE, “President Biden Statement Ahead of the 10th Review Conference of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons”, 01/08/2022, disponible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/01/president-biden-statement-ahead-of-the-10th-review-conference-of-the-treaty-on-the-non-proliferation-of-nuclear-weapons/>

126 CHATAM HOUSE, *op. cit.*, pp. 13-14.

que combina el realismo ofensivo, y algunos elementos realistas defensivos, con una aproximación del orden internacional basado en los trabajos de Robert Cox y Esther Barbé. Así mismo, recurre al concepto de régimen internacional en tanto adecuado para la comprensión de las fuerzas institucionales del orden nuclear internacional. Poder, ideas e instituciones son definidas como fuerzas que ofrecen una triple perspectiva analítica para entender, por un lado, la configuración del orden nuclear internacional y, por otro, para establecer los cambios que resultan en el viraje de orden nuclear heredado de la guerra fría a causa de la guerra de Ucrania.

En lo que respecta a las fuerzas resultantes de la acumulación de poder (y distribución y competición), se constata el argumento de que la guerra de Ucrania cataliza la competición para el poder nuclear entre China y los EE. UU. en Asia-Pacífico. Se confirma la tesis realista ofensiva que registra una acumulación ilimitada del poder (rearme y proliferación nuclear) por parte de las potencias que compiten en la región. La modernización del arsenal nuclear chino en cuanto a nuevas armas y a vectores hipersónicos de lanzamiento genera una competición bipolar nuclear entre las dos superpotencias tecnológicas.

En cuanto a las fuerzas ideacionales, China, junto con Rusia, propone un nuevo orden nuclear internacional, realmente multilateral, justo, basado en el principio de no injerencia en los asuntos internos para conseguir una seguridad comprensiva, compartida y sostenible. Los EE. UU., junto con el Reino Unido, securitizan la competición estratégica y nuclear empezada por China en Asia-Pacífico y afirman querer mantener el estatus quo: recuerdan su *ironclad commitment* de *extended nuclear deterrence* hacia sus aliados en la región (Japón, Corea del Sur, Australia) y afirman querer establecer una justa competición con su rival, sin estar buscando un conflicto o una nueva guerra fría. Por último, se constata también la desalineación francesa de los “países anglosajones”, principalmente del unilateralismo de los EE. UU. y por la gestión de las relaciones con Rusia y China a partir del comienzo de la guerra de Ucrania. La búsqueda de una autonomía estratégica para Francia y para la UE acerca Macron a Pekín: Francia establece el primer mecanismo formal de cooperación militar naval con China en el Indo-Pacífico.

En lo que respecta a las fuerzas institucionales, se evidencia que el derrumbe del Tratado Nuevo START acelera el fin del orden nuclear internacional de la guerra fría y, con ello, la proliferación nuclear. La primera dimensión es la proliferación vertical cualitativa de los países del club nuclear, con Rusia que registra problemas de modernización y acentúa la competición bipolar entre las dos superpotencias tecnológicas: China y EE. UU. Por lo que concierne a la proliferación vertical cuantitativa, China registra un crecimiento sin precedentes que no está destinado a parar en el corto o medio plazo porque Pekín no está sometida a ningún tratado sobre control de armamentos y no mantiene una política transparente con el OIEA. El otro efecto catalizador de la guerra de Ucrania es el aumento del riesgo de proliferación horizontal en contextos regionales tensionados, como Europa (Bielorrusia) y Asia (AUKUS). El trabajo del OIEA es dificultado por dos factores relacionados con las tensiones geopolíticas: el primero son las críticas recibidas por parte de China por no tomar una posición de condena sobre el caso AUKUS que aprovecha de un área gris del TNP. El segundo reside en la dificultad de que todos los estados nucleares acepten ser destinatarios de normas que limiten su libertad de actuación, estableciendo mecanismos de seguridad nuclear a prueba de fallos. Por primera vez en cincuenta años, el orden nuclear internacional necesita de normas que regulen la conducta

de los actores estatales: esta tipología de normas es nueva si comparada con las normas anteriores que van destinada exclusivamente a los actores no estatales, como los grupos terroristas o criminales.

Las fuerzas ideacionales e institucionales del orden nuclear contemporáneo otorgan a China el estatus de superpotencia rival de los EE. UU. Desde el punto de vista de la competición para el poder, pese a la diferencia cuantitativa entre arsenales, China es una rival de la superpotencia estadounidense que busca la “represalia mínima asegurada”, con función disuasoria defensiva. A diferencia de la MAD, China no busca (de momento) la paridad cuantitativa con los EE. UU. y Rusia, sino que se centra en modernizar sus arsenales para garantizarse la capacidad de atacar los objetivos estadounidenses en Asia, donde ya es *pivotal nuclear power*, y en su territorio continental. Todos estos elementos prueban la crisis del régimen internacional de no proliferación nuclear: no hay convergencia de expectativas entre los estados nucleares sobre el futuro del orden nuclear internacional.

En definitiva, podemos afirmar que el orden nuclear contemporáneo tiene una estructura no hegemónica. Ésta se caracteriza por sufrir un *desfase institucional*: las fuerzas ideacionales y las fuerzas de la competición para el poder catalizan la competición bipolar nuclear entre las dos superpotencias en el contexto regional de Asia-Pacífico, junto con la competición tripolar estructural que incluye a Rusia como enemiga de los EE. UU. en Europa. Por otro lado, las fuerzas institucionales nucleares siguen atrapadas en el pasado y “enganchadas a las condiciones bajo las que fueron creadas”¹²⁷ y no se adaptan a los cambios que las otras fuerzas están aportando al orden: el régimen internacional de no proliferación nuclear representa la estructura normativa y el OIEA sería el *locus* más legitimado para la cooperación entre los estados nucleares, de acuerdo con el orden internacional actual. En términos gramscianos, el orden nuclear internacional sigue en una fase de “*interregnum*: una situación de crisis en la que lo viejo ha muerto y lo nuevo no puede nacer”¹²⁸.

Pese a apoyar la tesis de Mearsheimer según la cual los EE. UU. tienen una desventaja relativa en la competición regional debido a la consolidación del frente asiático de competición nuclear después de la guerra de Ucrania, el análisis evidencia varios elementos que refutan la tesis del mismo autor que afirma que el *engagement* de los EE. UU. en Ucrania es un error estratégico. En este caso, el concepto de régimen internacional adoptado en este estudio permite explicar la importancia de las expectativas compartidas de conducta por parte de los actores y resulta más útil para analizar el apoyo estadounidense a Kiev. La primera razón se refiere a la dinámica de rivalidad desencadenada por la posesión y competición para el poder: como el mismo Mearsheimer explica, el *offshore balancer* debe de intervenir para asegurar su hegemonía en aquellos contextos regionales donde los competidores quieren modificar el estatus quo para ampliar sus propias esferas de influencia. Siguiendo esta lógica, los EE. UU. tienen un interés estratégico en limitar el avance de Rusia en Europa Oriental y en ampliar la OTAN al Este, y de China en la región de Asia-Pacífico. La no intervención de la superpotencia genera-

127 BARBÉ, E., 2020, *op. cit.*, p. 280.

128 BARBÉ, E., Orden en transición y normas en discusión, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 134, 2023, p. 22, disponible en doi.org/10.24241/rcai.2023.134.2.21

ría miedo en los aliados europeos y asiáticos (sobre todo, Japón y Corea del Sur) sobre el real compromiso estadounidense para la seguridad regional a través de los mecanismos y procesos que componen la *extended nuclear deterrence*. La segunda categoría de razones concierne a la dimensión institucional del orden nuclear internacional: la superpotencia estadounidense ofrece apoyo a Ucrania dentro del marco de la Carta de la ONU que garantiza el derecho a la legítima defensa individual y colectiva (art. 51), interviniendo para apoyar a un estado soberano que es víctima de una agresión ilegal. Además, los EE. UU. son el país que, junto con el Reino Unido, adopta la línea más dura en cuanto a las sanciones aplicadas a Rusia: sin la participación de la superpotencia en el mecanismo sancionatorio, la credibilidad y eficacia de éste se reduciría notablemente. Asimismo, los EE. UU. son el líder de la OTAN y el país que promueve la ampliación al Este de la Alianza: no ayudar a Ucrania, país candidato a la adhesión, podría provocar una percepción difusa de abandono y desinterés por la Alianza misma. La tercera categoría de argumentos se relaciona con las fuerzas ideacionales del orden y se solapan con algunos argumentos anteriores: la superpotencia estadounidense se presenta como la defensora de los valores de libertad y democracia, cubre el rol de hegemon entre los países occidentales y se propone exportar estos valores a escala global. No actuar frente a una guerra de agresión en contra de un país candidato a la OTAN sería enviar un mensaje de debilidad y desinterés (*disengagement*) a la comunidad internacional, favoreciendo a los competidores regionales en cuanto a prestigio, credibilidad y búsqueda de nuevas alianzas.

Para concluir, consideramos perentoria la realización de futuras investigaciones que contribuyan al desarrollo de una literatura nacional especializada sobre el impacto de la guerra de Ucrania sobre el orden nuclear internacional. La utilidad del marco teórico realista, del concepto de regímenes internacionales y del marco analítico del orden internacional ofrecido por Barbé podría corroborarse en otros estudios centrados en tres categorías de actores. Primero, los estados nucleares no reconocidos por el TNP, todos ubicados en Asia: Corea del Norte, India, Pakistán e Israel. En segundo lugar, los estados aliados estadounidenses en la región de Asia-Pacífico, sobre todo Japón, Corea del Sur y Australia porque hay múltiples factores que explican el cambio acelerado de las dinámicas nucleares en la región. Entre ellos, cabe mencionar el acuerdo AUKUS, la securitización de las amenazas nucleares provenientes de China y Corea del Norte. En tercer lugar, sería importante centrar el análisis en los aliados europeos de los EE. UU. Estos países son los primeros afectados por el surgimiento de la dimensión nuclear de la guerra de Ucrania y por el retorno de la lógica de la MAD en el complejo europeo de seguridad regional: el análisis de algunos países grandes (Alemania y España) podría combinarse con algunos países orientales (Polonia y los países bálticos) y con los nuevos miembros de la OTAN (Suecia y Finlandia) para tener una perspectiva completa a nivel regional europeo.

MÁS ALLÁ DEL TRADICIONAL ENFOQUE DEL CONTROL EFECTIVO: LOS RENOVADOS VÍNCULOS JURISDICCIONALES QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

BEYOND THE TRADITIONAL APPROACH OF EFFECTIVE CONTROL: THE RENEWED JURISDICTIONAL LINKS THAT JUSTIFY THE EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES.

ENRIQUE J. MARTÍNEZ PÉREZ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROGRESIVA MODULACIÓN DEL ENFOQUE CLÁSICO DEL CONTROL EFECTIVO. III. LA *PROCEDIMENTALIZACIÓN* DEL VÍNCULO JURISDICCIONAL DESARROLLADA POR EL TEDH: LA BÚSQUEDA DE LAS “CARACTERÍSTICAS ESPECIALES”. IV. EL ENFOQUE *FUNCIONAL* DESARROLLADO POR LOS ÓRGANOS DE TRATADOS: LA NECESIDAD DE OTROS FACTORES ADICIONALES PARA SU ACTIVACIÓN. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Los órganos de control regionales e internacionales se están enfrentando en los últimos tiempos a casos cada vez más complejos porque se tratan de situaciones en las que los individuos sufren violaciones por la conducta (acciones y omisiones) de los Estados cuyos efectos se extienden fuera de sus fronteras, incluso sin un contacto físico directo, de modo que los tradicionales modelos espacial y personal, que exigen un control efectivo sobre una zona fuera de su territorio o sobre las personas, se convierten en títulos incapaces, al menos en su interpretación clásica, de dar respuesta a la aplicación extraterritorial de los tratados internacionales de derechos humanos. Ante esta realidad, están apareciendo nuevos vínculos o nexos jurisdiccionales, que podemos denominar como procedimental y funcional. El primero de ellos se activaría por la iniciación de procesos relativos a la salvaguarda de los derechos más allá del espacio jurídico convencional. El segundo tendría en cuenta la capacidad del Estado para cumplir sus obligaciones, combinado con otros factores como la nacionalidad, la autoridad o el poder, el conocimiento de la situación origen de las violaciones, el impacto o la influencia decisiva o la relación causal entre los actos y omisiones estatales y la afectación de los derechos humanos.

ABSTRACT: *Regional and international monitoring bodies are nowadays facing increasingly complex cases because they deal with situations in which individuals suffer violations as a consequence of the conduct of*

Fecha de recepción del trabajo: 25 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de noviembre de 2023.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Valladolid, enriquejesus.martinez@uva.es. Trabajo realizado en el marco del proyecto «La incidencia de la jurisprudencia de los tribunales europeos y de los órganos de expertos en el derecho interno» (PID2020-17611 GB-I00/AEI/10.13039/501100011033) y del GIR de la Universidad de Valladolid «Derecho de Familia y Derechos Humanos. Family Law and Human Rights». También del proyecto I+D+i TED2021-130264B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por Unión EuropeaNextGenerationEU/PRTR.

states (actions and omissions) whose effects extend beyond their borders, even without direct physical contact. Thus, the traditional spatial and personal models, which require effective control over an area outside their territory or over individuals, become incapable, at least in their classic interpretation, of responding to the extraterritorial application of international human rights treaties. In the face of this reality, new jurisdictional links are appearing, that can be named as procedural and functional. The first of these links would be activated by the initiation of processes relating to the safeguarding of rights even beyond the conventional legal space. The second one would take into account the capacity of the state to fulfil its obligations, combined with other factors such as nationality, authority or power, knowledge of the situation giving rise to the violations, the impact or decisive influence or causal link between state acts and omissions, and the affectation of human rights.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, extraterritorial, jurisdicción, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órganos de tratados

KEYWORDS: *human rights, extraterritorial, jurisdiction, European Court of Human Rights, treaty bodies*

I. INTRODUCCIÓN

Los instrumentos jurídico-internacionales de derechos humanos, tanto regionales como universales, salvaguardan los derechos de los individuos que se encuentran sometidos a la jurisdicción de un Estado. Se trata, por tanto, de una condición *sine qua non*, que habrá que comprobar de manera previa para que pueda ser atribuible su responsabilidad. Los respectivos órganos de control instaurados por ellos consideran que la jurisdicción es primordialmente territorial, admitiendo solo en supuestos excepcionales que pueda extenderse a los actos realizados o que producen efectos fuera de su territorio. Se trata de los clásicos enfoques espacial y personal, no exento de críticas¹, que exigen un control efectivo sobre el territorio o las personas fuera de sus fronteras. Sin embargo, durante los últimos años, y aunque la casuística es aún reducida, han ido reconociéndose nuevos criterios que amplían el ámbito de aplicación extraterritorial de los tratados internacionales en la materia.

Dichos modelos ven la luz cuando se están produciendo una serie de situaciones en que los individuos sufren los efectos de las políticas de los Estados (actos u omisiones) sin que estos tengan una presencia física sobre el territorio. Son muchas veces conductas que se producen dentro de las fronteras, sin un control o autoridad sobre las víctimas, pero que impactan o influyen más allá de ellas. En estos casos, se requiere una interpretación actualizada de los factores que determinan el nexo o vínculo jurisdiccional para garantizar plenamente los derechos reconocidos convencionalmente, ya que el esquema tradicional es incapaz de dar una respuesta coherente y clara².

1 Entre otros, MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy*, Oxford UP, Oxford 2011; TZEVELEKOS, V. P. “Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 36, 2014, pp. 129-178; VANNESTE, F., *General international law before human rights courts: assessing the specialty claims of international human rights law*, Intersentia, Oxford, 2010, pp. 145-166.

2 TOUZÉ, S., “Si la compétence l’emportait sur le territoire? Réflexions sur l’obsolescence de l’approche territoriale de la notion de juridiction”, *Revue québécoise de droit international*, número hors-série, 2020 (70 ans de la Convention européenne des droits de l’homme : L’Europe et les droits de la personne), pp. 189–200.

Ciertamente, esta renovación o adaptación ya se venía vislumbrando en el marco del sistema universal de derechos humanos (y en algún pronunciamiento de la Corte Interamericana en el ejercicio de su jurisdicción consultiva), siendo el sistema europeo el más reacio a seguir un punto de vista más expansivo³. Hoy en día, ya podemos hablar de un proceso de desconstrucción del control efectivo, al menos en relación con las obligaciones negativas con un alcance extraterritorial, al contemplarse una reducción del umbral exigido y nuevos indicadores para que pueda determinarse la jurisdicción⁴.

Respecto al primer modelo, que denominaremos *procedimental*, desarrollado por el TEDH, la jurisdicción vendría determinada por la incoación de un procedimiento en el derecho interno. Tradicionalmente, venía aplicándose a las investigaciones en los casos de pérdidas humanas en operaciones militares. Ahora, en cambio, se va extendiendo a otras obligaciones positivas, como las que garantiza el ejercicio efectivo del derecho a entrar en su territorio. Y, además, por lo que aquí nos interesa, cubre supuestos de violaciones más allá del espacio jurídico del Convenio Europeo. Esta ampliación, que exige previamente la constatación de un vínculo entre el individuo y el Estado demandado, se determina por la existencia de *características especiales*, una fórmula presente de manera reiterada en la jurisprudencia del TEDH pero que es muy difícil de descifrar, por lo que sacar conclusiones a partir de ella en aras a ofrecer unos parámetros interpretativos extrapolables a otras situaciones no es tarea fácil.

El segundo modelo, *funcional*, que venía reclamándose desde los tribunales y la doctrina, se ha gestado sobre todo en los órganos de tratados de Naciones Unidas. Toma como punto de partida la capacidad del Estado de cumplir sus obligaciones, pero que, para no ser un criterio excesivamente amplio, se valora con el examen de elementos *de iure* y *de facto*. Entre los factores más destacados a tenerse cuenta es la nacionalidad, exigencia necesaria, pero no independiente. Junto a ella, la capacidad se puede desencadenar por la combinación de otras exigencias, como el poder del Estado y el conocimiento de la situación origen de las violaciones, el impacto o la influencia decisiva o la relación causal entre los actos y omisiones estatales y la afectación de los derechos humanos.

II. LA PROGRESIVA MODULACIÓN DEL ENFOQUE CLÁSICO DEL CONTROL EFECTIVO

Los tratados internacionales sobre derechos humanos no contienen cláusulas iguales sobre su ámbito de aplicación *ratione loci*. Así, ciñéndonos a los examinamos en el presente trabajo, vemos que el artículo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señala que deben garantizarse los derechos y libertades a toda

3 MILANOVIC, M., “Jurisdiction and responsibility. Trends in the jurisprudence of the Strasbourg Court”, en AAKEN, A. y MOTO, I. (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 102.

4 JANER TORRENS, J.D., *Conflictos territoriales y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 68.

persona que se encuentre *bajo la jurisdicción* de un Estado Parte⁵. En el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales guarda silencio al respecto⁶, mientras que otros sí que las recogen, pero con una redacción diferente. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que los Estados deben comprometerse a respetar los derechos a todos los individuos “que se encuentren en su *territorio* y estén sujetos a su *jurisdicción*”⁷; la Convención sobre los Derechos del Niño dice que se asegurará “su aplicación a cada niño *sujeto a su jurisdicción*”⁸; y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes indica que los Estados tomarán “medidas legislativas, administrativas judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté *bajo su jurisdicción*”⁹.

Que no se incluyan disposiciones al respecto no ha sido ningún obstáculo para que pueda afirmarse que dicho tratado pueda ser aplicable fuera de su propio territorio. La Corte Internacional de Justicia así lo corroboró respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “no cabe excluir que se aplique tanto a los territorios sobre los cuales un Estado parte tiene soberanía como a aquéllos sobre los que ese Estado ejerce una *jurisdicción territorial*”¹⁰. Ciertamente, pese a esta asimetría normativa, los diferentes órganos de control de los derechos humanos parten, en principio, de un mismo planteamiento. Los órganos de tratados de Naciones Unidas han dictaminado que la jurisdicción no se limita al territorio¹¹, de modo que un Estado no puede sustraerse a las obligaciones contraídas convencionalmente simplemente porque la vulneración se cometió fuera de su territorio¹². Y el Tribunal Europeo de Derechos humanos considera que la jurisdicción es fundamentalmente territorial¹³, se presume que se ejerce normalmente en el conjunto de su territorio¹⁴, pero en circunstancias excepcionales (que debe interpretarse de manera restrictiva), reconoce su competencia respecto a actos de los Estados realizados o que producen efectos fuera de su territorio¹⁵.

Según el enfoque clásico, de manera muy sintética, un Estado ejercería su jurisdicción extraterritorial cuando controla un espacio o zona fuera de sus fronteras (modelo espacial) o ejerce

-
- 5 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, de 4 de noviembre de 1950), Eur. TS No. 5, 213 *UNTS* 221.
 - 6 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14531, pág. 3.
 - 7 Art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 241).
 - 8 Art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, pág. 3.
 - 9 Art. 2.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85.
 - 10 *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva de 9 de julio de 2004, *ICJ Reports* (2004), párr. 112.
 - 11 *P.N. et al. c. Finlandia*, comunicación núm. 100/2019, doc. CRC/C/91/D/100/2019, apartado 10.8.
 - 12 *López Burgos c. Uruguay*, comunicación núm. 52/1979, doc. CCPR/C/OP/1, de 29 de julio de 1981, apartado 12.1; *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, comunicación núm. 56/1979, doc. CCPR/C/OP/1, de 29 de julio de 1981, apartado 10.3.
 - 13 TEDH, *Soering c. Reino Unido*, n.º 14038/88, § 86, de 7 de julio de 1989.
 - 14 TEDH, *Assanidzé c. Georgia* [GS], n.º 71503/01, § 139, decisión de inadmisión de 8 de abril de 2004.
 - 15 TEDH, *N.D. y N.T. c. España*, n.º 8675/15 y 8697/15, § 51, de 3 de octubre de 2017.

su autoridad o control sobre las personas en el territorio de otro Estado (modelo personal)¹⁶. La verificación del control efectivo, según el TEDH, es una cuestión de hecho, independiente de la existencia de una actuación internacionalmente ilícita¹⁷. Se trata, siempre, de una comprobación compleja pues la jurisprudencia sigue siendo muy imprecisa, sin que quede claro, por ejemplo, cuál es el grado de control necesario¹⁸. Pero el control territorial efectivo no es el único supuesto que se contempla, pues también es posible la aplicación del Convenio cuando haya un ejercicio de autoridad en el extranjero sobre las personas o un control de los agentes del Estado, o cuando un Estado hace uso, en una zona situada fuera de su territorio, de prerrogativas de los poderes públicos¹⁹. Siguiendo este modelo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “los Estados Parte deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte, aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte”²⁰. Y otros órganos de expertos, como el Comité contra la Tortura, afirman que la jurisdicción puede extenderse cuando un Estado ejerza, directa o indirectamente, *de facto* o *de jure*, control sobre personas²¹.

El TEDH, a pesar de su pronunciamiento en el asunto *Banković*, con un modelo estrictamente territorial, ha admitido, como los órganos de expertos de Naciones Unidas, supuestos excepcionales desde ambas perspectivas. Por lo que se refiere al modelo espacial, según la jurisprudencia consolidada, ha señalado que deben respetarse los derechos del Convenio cuando se produce una acción militar, lícita o no, fuera del territorio nacional controlado directamente por sus fuerzas armadas o mediante una administración local subordinada²². Y desde el mo-

16 Entre otros, desde un punto de vista doctrinal, COOMANS, F. y KAMMINGA M. T. (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Amberes 2004; DUTTWILER, M., “Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30 (2), 2012, pp. 137-162; GONZÁLEZ VEGA, J. A., “¿Colmando los espacios de “no derecho” en el convenio europeo de derechos humanos?”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 24, 2008, pp. 141-175; LI, K., *Reconceiving Extraterritorial Jurisdiction. From Formality to Function*, Nomos, Bden-Baden, 2022; NIGRO, R. “The Notion of Jurisdiction in Article 1: Future Scenarios for Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights”, en *Italian Yearbook of International Law*, vol. XX, 2010, pp. 11-30.

17 TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, n.º 55721/2007, § 139, de 7 de julio de 2011; *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*, núm. 43370/04, 18454/06, 8252/05, § 106, de 19 de octubre de 2012.

18 FLEURY GRAFF, T., “Extraterritorialite et jurisdiction en matiere de droits del l’homme «Jurisdiction, jurisdiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire: “Adieu prudence”»”, en MIRON, A. y BÉRANGÈRE, T. (dir.), *Extraterritorialites et Droit International*, Pedone, París. 2020, p. 227; MALLORY, C., *Human rights imperialists. The extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, Hart, Oxford, 2020, pp. 161-162.

19 TEDH, *Bankovic y otros c. Bélgica* [GS], n.º 52207/1999, § 71, decisión de inadmisión de 12 diciembre 2001.

20 Observación general núm. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004.

21 *P. K. et al. C. España*, comunicación núm. 323/2007, doc. CAT/C/41/D/323/200, de 10 de noviembre de 2008, apartado 8.2.

22 Entre las primeras, véase (TEDH, *Loizidou c. Turquía* (excepciones preliminares), n.º 15318/89, § 62, de 23 de marzo 1995) y las últimas, véase (TEDH, *HF y otros c. Francia*, n.º. 24384/19 44234/20, § 187, de 14 de septiembre de 2022).

delo personal, si sus autoridades o agentes realizan actos que producen efectos fuera de su territorio, como las actuaciones de los agentes diplomáticos o consulares presentes en territorio extranjero²³; si media el consentimiento, la invitación o la aquiescencia de la autoridad local; si de conformidad con la costumbre y acuerdo se desempeñan funciones ejecutivas o judiciales; o si se recurre al uso de la fuerza por parte de agentes del Estado para someter a las víctimas en el exterior de sus fronteras, siempre y cuando estén bajo su autoridad o control físico²⁴.

Como se ha señalado acertadamente, durante los últimos años se está produciendo una erosión del criterio del control efectivo, una reducción del umbral exigido en relación con las obligaciones extraterritoriales²⁵. Y no solo porque se aceptan situaciones en las que solo hay un control temporal²⁶, sino porque nos encontramos con actuaciones en las que se viene afirmado el control sin contacto directo físico. Sería supuestos como disparar desde medios aéreos o terrestres sobre individuos que se encuentran en otro territorio²⁷ o suministrar sustancias químicas a una víctima en el extranjero por agentes estatales²⁸.

Pero, además, consideramos que se está perfilando continuamente el concepto espacial de jurisdicción con la aplicación de nuevos indicadores que van más allá de la capacidad de la presencia militar del Estado en la zona²⁹. Estos se han desarrollado en el contexto de conflictos territoriales en los que no hay una invasión militar, sino que las injerencias soberanas se producen por la colaboración con los procesos secesionistas³⁰. En estos casos el Tribunal ha determinado la jurisdicción cuando se ejerza una *influencia decisiva* sobre el territorio derivado del apoyo económico, militar o político³¹.

Dicho planteamiento parece ser respaldado por la doctrina, siendo los *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (2011)³² el que ofrece una mejor delimitación de la extraterritorialidad de las obligaciones en esta materia³³. En dicho documento privado, elaborado por un grupo de relevantes académicos, se aclara, sobre la base de la jurisprudencia de los

23 TEDH, *Droz y Janousek c. Francia y España*, n.º 12747/87, § 91, de 26 de junio de 1992.

24 Entre las primeras, véase (TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, n.º 55721/2007, § 136, de 7 de julio de 2011) y las últimas, véase (TEDH, *Georgia c. Rusia* (II), n.º 38263/08, § 133-136, de 21 de enero de 2021).

25 JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pp. 62-69.

26 TEDH, *Issa y otros c. Turquía*, n.º 31821/96, § 77, de 16 de noviembre de 2004.

27 TEDH, *Pad y otros c. Turquía*, n.º 60167/00, § 54, decisión de inadmisión de 28 de junio de 2007; Andreou c. Turquía, n.º 45653/99, § 25, de 27 de octubre de 2009.

28 TEDH, *Carter c. Rusia*, n.º 20914/07, § 128, de 21 de septiembre de 2021.

29 TEDH, *Catan y otros contra Moldavia y Rusia*, n.º 43370/04, 18454/06, 8252/05, § 107, de 19 de octubre de 2012.

30 JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, 79-80.

31 TEDH, *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, n.º 48787/99, § 331, de 8 de julio de 2004; *Mozer c. Moldavia y Rusia*, n.º 11138/10, § 102, de 23 de febrero de 2016; *Mamasakhlisi y otros c. Georgia y Rusia*, n.º 29999/04 y 41424/04, § 331, de 7 de marzo de 2023.

32 Disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf

33 BONET PÉREZ, J., “Jurisdicción y obligaciones jurídicas internacionales del Estado en materia de Derechos económicos, sociales y culturales”, en BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., *La extraterritorialidad y la protección internacional de los derechos humanos respecto a conductas de los actores privados*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 247.

sistemas de protección regionales y universales, que los Estados deben respetar los derechos tanto en situaciones “en las que las autoridades competentes *sabían o debería haber sabido* que la conducta de los Estados tendría efectos en los derechos humanos de otro territorio” como “en situaciones en las que el Estado, actuando por separado o conjuntamente, a través del poder ejecutivo, legislativo o judicial, está en condiciones de *ejercer influencia de carácter decisivo*”[...]” (principio 9. letras b) y c)³⁴.

III. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DEL VÍNCULO JURISDICCIONAL DESARROLLADA POR EL TEDH: LA BÚSQUEDA DE LAS “CARACTERÍSTICAS ESPECIALES”

Más allá de los derechos puramente procedimentales, la jurisprudencia del TEDH ha ido imprimiendo paulatinamente un enfoque procesal a los derechos sustantivos reconocidos convencionalmente³⁵. Son un conjunto de exigencias o mecanismos de carácter instrumental que contribuyen a mejorar la salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos, y que pueden servir para prevenir o sancionar las violaciones cometidas, dando lugar a una ampliación de la competencia *ratione materiae* de cada tribunal³⁶. Esta extensión del campo de aplicación de algunos derechos es aún mayor si tenemos en cuenta que los tribunales podrían examinar hechos originados fuera del territorio del Estado demandado. Esto viene ocurriendo, esencialmente, con relación al derecho a la vida (art. 2 del Convenio), aunque también se han planteado casos en torno al artículo 6 (derecho a un proceso equitativo), donde han nacido un conjunto de obligaciones *ex ante* (de naturaleza preventiva) y obligaciones *ex post* (de carácter reparador).

Como se ha recordado por el TEDH, cada vez que se examina un asunto desde esta perspectiva procesal, el mero hecho de que se incoe un procedimiento en un Estado no basta para establecer la jurisdicción: siempre debe acreditarse adicionalmente un vínculo entre el Estado y el individuo, no basta con el ejercicio de prerrogativas de poder público, pues en caso contrario nos encontraríamos con una aplicación casi universal del Convenio Europeo³⁷. Lo que deja claro la jurisprudencia es que los requisitos que determinan la existencia de un “vínculo jurisdiccional” depende de quién inicie el procedimiento. Limitada su aplicación a los casos en lo que se discutía el deber de llevar a cabo una investigación efectiva, por la pérdida de vidas durante las operaciones militares de los Estados parte en el extranjero, ahora se ha ampliado a otros campos, cubriendo supuestos de violaciones más allá del espacio jurídico del Convenio.

34 Al respecto, DE SCHUTTER, O., EIDE, A., KHALFAN, A., ORELLANA, M., SALOMON, M. y SEIDERMAN, I., “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 34, 2012, pp. 1105-1109.

35 Con detalle, PANAGOULIAS, K. I., *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 2011.

36 DUBOUT, E., “La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l’homme”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 70, 2007, p. 414.

37 TEDH, *M.N. y otros c. Bélgica* [GC], nº. 3599/18, § 123, decisión de inadmisibilidad de 5 de mayo de 2020.

1. Las actuaciones a iniciativa propia por parte de las autoridades nacionales.

El vínculo jurisdiccional nace cuando las autoridades nacionales inician, según el derecho interno, una investigación o procedimiento sobre las muertes ocurridas fuera del territorio de un Estado parte³⁸. Es una consecuencia de la obligación procesal de llevar a cabo una investigación efectiva, que se desencadenaba inicialmente con respecto a la dimensión material del derecho a la vida, pero que, sin embargo, se ha convertido actualmente en un obligación separada e independiente, desconectada de la anterior, pudiendo dar lugar a una violación distinta y en consecuencia a una primera ampliación de la jurisdicción extraterritorial³⁹. Ahora bien, como ha indicado el Tribunal, “el establecimiento de un vínculo jurisdiccional en relación con la obligación procesal prevista en el artículo 2 no significa que el acto material sea necesariamente competencia del Estado Contratante o que dicho acto sea atribuible a ese Estado”⁴⁰.

Este principio fue consagrado en la sentencia *Güzelyurtlu*, en un caso donde el Estado demandado, Turquía, tenían un control efectivo sobre el territorio donde se produjeron los hechos. No ha sido extrapolable a otras situaciones donde se investigaba las muertes ocurridas en el marco de operaciones militares extraterritoriales amparadas por Naciones Unidas, más allá del territorio de los Estados contratantes, bajo el argumento de que si se admitiesen este tipo de quejas, si el mero de hecho de abrir una investigación desencadenara siempre, sin requisitos adicionales, el vínculo jurisdiccional, podría disuadir en el futuro a los Estados participantes en esas operaciones a llevar a cabo actuaciones internas para esclarecer los hechos⁴¹. Asimismo, no se ha admitido cuando los procedimientos iniciados en el ámbito interno no tienen relación con los derechos presuntamente violados posteriormente ante el Tribunal⁴².

En estos casos, sin embargo, al demandante le queda una segunda oportunidad, que no es otra que demostrar la presencia de “características especiales” del asunto⁴³; un modelo previsto en principio cuando no se haya iniciado ninguna investigación o procedimiento en un Estado parte, pero que puede aplicarse también a este tipo de situaciones⁴⁴.

2. El papel de la confusa fórmula de las “características especiales”.

La competencia *ratione loci* puede reconocerse también, según una sólida pero frágil jurisprudencia, si existe un vínculo de conexión con el Estado demandado a partir de la constatación de *características especiales* que, según el Tribunal, no deben ser definidas *en abstracto*, sino que depende de cada caso concreto y pueden ser muy diferentes⁴⁵. En ningún momento se ha

38 TEDH, *Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía* [GC], n.º. 36925/07, § 188, 29 de enero de 2019.

39 TEDH, *Ucrania y los Países Bajos c. Rusia*, n.º 8019/16, 43800/14 y 28525/20, § 573, de 30 de noviembre de 2022.

40 TEDH, *Hanan contra Alemania*, [GC], n.º. 4871/16, § 143, de 16 de febrero de 2021.

41 *Idem*, § 135.

42 TEDH, *HF y otros c. Francia*, n.º. 24384/19 44234/20, § 194, de 14 de septiembre de 2022.

43 TEDH, *Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía* [GC], n.º. 36925/07, § 190, 29 de enero de 2019.

44 TEDH, *Georgia c. Rusia (II)*, n.º 38263/08, § 331, sentencia (Fondo) de 21 de enero de 2021.

45 TEDH, *Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía* [GC], n.º. 36925/07, § 190, 29 de enero de 2019.

examinado su naturaleza, ni se ha determinado con claridad si se deben cumplir aislada o acumulativamente. Lo que descubrimos de las últimas decisiones es, sin embargo, una progresiva ampliación de la jurisdicción extraterritorial, no solo por abarcar, como apuntábamos más arriba, situaciones fuera del espacio jurídico convencional, sino también por alcanzar obligaciones derivadas de nuevos derechos.

El concepto de “espacio jurídico”, como es bien sabido, fue utilizado por primera vez en el asunto *Bankovic*, donde se advierte, también por primera vez, que las obligaciones de los Estados parte están territorialmente limitadas⁴⁶. Para el Tribunal, el Convenio es “un tratado multilateral que opera [...] en un contexto esencialmente regional, y más particularmente en el espacio jurídico de los Estados contratantes. [...]. No tiene, por tanto, vocación de aplicarse en todo el mundo, ni siquiera respecto del comportamiento de los Estados contratantes”⁴⁷. En pronunciamientos posteriores, sin embargo, el Tribunal descartó la limitación de dicha noción, si bien, como recientemente se ha apuntado por algunos jueces, no fue tan lejos para revocar la jurisprudencia anterior⁴⁸. Así se desprende de sus palabras en el asunto *Al-Skeini*, donde se afirmó, en el contexto de una ocupación por fuerzas armadas extranjeras, que el Estado debe seguir siendo responsable de las violaciones cometidas, porque de lo contrario se privaría a la población de los derechos hasta ahora disfrutados, dando lugar a un vacío de protección en el espacio jurídico convencional. La jurisdicción puede existir fuera del territorio cubierto por los Estados parte porque el Tribunal nunca ha aplicado dicha restricción⁴⁹.

A) EN EL MARCO DEL “ESPACIO JURÍDICO” CONVENCIONAL.

La obligación de investigar bajo el artículo 2 del Convenio se ha afirmado a partir de ciertas técnicas o instrumentos procesales. Se puede deducir, por ejemplo, de lo dicho en el asunto *Rantsev*. En opinión del Tribunal, dicho precepto no exigía que los Estados adoptasen una legislación penal interna que incluyese un principio de jurisdicción nacional que permitiera la investigación de sus nacionales, pero, en cambio, podría nacer esa responsabilidad de la petición de asistencia judicial, algo que no ocurrió en el caso concreto⁵⁰. También se ha afirmado en el asunto *Romeo Castaño*, en un contexto diferente al asunto anterior, pues no se examinaba el incumplimiento del Estado demandado (Bélgica) de la obligación de investigar un asesinato, sino la falta de cooperación con las autoridades españolas para que el presunto asesino fuese entregado a nuestro país para ser juzgado⁵¹. Las “características especiales”, en este caso, se deduce de la existencia de mecanismos comunitarios obligatorios de cooperación en materia

46 ORTEGA TEROL, J.M. y SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia a Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 3, 2002, p. 506.

47 TEDH, *Bankovic y otros c. Bélgica* [GS], n.º 52207/1999, § 80, decisión de inadmisión de 12 diciembre 2001.

48 Opinión parcialmente disidente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 9 (en el asunto TEDH, *Georgia c. Rusia (II)*, n.º 38263/08, sentencia (Fondo) de 21 de enero de 2021).

49 TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, n.º 55721/2007, § 142, de 7 de julio de 2011.

50 TEDH, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, n.º 25965/04, § 244-245, de 7 de enero de 2010.

51 TEDH, *Romeo Castaño c. Bélgica*, n.º 8351/17, § 39, de 9 de julio de 2019.

penal en el marco de la orden de detención europea, dando lugar a un vínculo jurisdiccional entre los demandantes y Bélgica⁵².

Más sorprendente ha sido el razonamiento del Tribunal en el asunto *Georgia c. Rusia (II)*⁵³. Cabe recordar que en este supuesto examinó los hechos distinguiendo si estos se habían producido durante la “fase activa de las hostilidades” o durante “la “fase de ocupación posterior al cese de las hostilidades”⁵⁴. En el segundo caso, la solución sobre la aceptación de la jurisdicción no fue controvertida porque aplicó su clásica doctrina al considerar que la Federación de Rusia ejerció un “control efectivo” sobre un territorio extranjero⁵⁵. No así respecto a la primera fase, pues no aceptó su competencia al considerar que las operaciones militares durante un conflicto armado internacional que buscan dominar un determinado territorio en un contexto de caos impiden hablar de un “control efectivo” sobre un área⁵⁶ o de una forma de “autoridad y control de agentes estatales” sobre los individuos⁵⁷. Como apuntaron algunos jueces, lo que hace el Tribunal no es sino resucitar el precedente del asunto *Banković*, en su opinión de manera errónea, porque los hechos en este caso, a diferencia de aquel, habían acontecido en el espacio jurídico convencional, siendo además ambos, demandante y demandado, Estado parte del Convenio⁵⁸.

Esta exclusión de la jurisdicción solo afectó a la parte sustantiva del artículo 2 del Convenio, que recoge la obligación de proteger la vida de las personas. Trayendo a colación la doctrina del caso *Güzelyurtlu*, apuntó varios motivos que le llevan a afirmar su competencia para examinar las violaciones de dicho artículo desde la perspectiva procesal, esto es, la obligación de investigar los crímenes de guerra cometidos durante la fase activa de las hostilidades. El primero de ellos deriva de las normas del Derecho Internacional Humanitario (y del propio derecho interno) relativas a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. De hecho, las autoridades judiciales del Estado demandado habían iniciado procesos penales en respuesta a las denuncias de las víctimas. Segundo, porque después del cese de las hostilidades se produjo un “control efectivo” sobre el territorio donde se desarrollaron los acontecimientos. Y, por último, porque los presuntos sospechosos se encontraban en Rusia o bajo su control, lo que impedía a Georgia llevar a cabo una investigación adecuada⁵⁹. En suma, podríamos estar ante una nueva obligación que deberá ser tenida muy en cuenta por los Estados parte en el

52 *Idem*, § 41.

53 Entre otros, SALINAS ALCEGA, S. “The Invasion of Ukraine from the Point of View of the European Court of Human Rights: Extraterritorial Responsibility of Russia and (Un)Control of International Humanitarian Law”, en (Hors-série 2023) *Revue québécoise de droit international*, número spécial (Le droit international humanitaire applicable au conflit armé entre la Russie et l’Ukraine) [sous presse].

54 Véase, PETIT DE GABRIEL, E.W., “Georgia, Rusia, la CIJ y el TEDH. Límites jurisdiccionales, complementariedad y protección vicaria de los derechos humanos”, en TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. y ESÓSITO, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos*, La Ley, Madrid, 2022, pp. 213-218.

55 TEDH, *Georgia c. Rusia (II)*, nº 38263/08, § 174, sentencia (Fondo) de 21 de enero de 2021.

56 *Idem*, § 126.

57 *Idem*, § 137.

58 Opinión parcialmente disidente del juez Chanturia, párr.14; véase también Opinión parcialmente disidente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 30.

59 TEDH, *Georgia c. Rusia (II)*, nº 38263/08, § 331, sentencia (Fondo) de 21 de enero de 2021.

Convenio cuando desplieguen sus fuerzas armadas más allá de su territorio, pues desde esta perspectiva sería irrelevante si se cometieron dentro de la jurisdicción del Estado.

B) FUERA DEL ESPACIO CONVENCIONAL: DE LA OBLIGACIÓN PROCESAL SEPARADA DE INVESTIGAR LA PÉRDIDA DE VIDAS HUMANAS A LAS OBLIGACIONES EN EL CONTEXTO DE LA REPATRIACIÓN.

El ámbito de aplicación del Convenio se ha ampliado aún más porque se pueden investigar los hechos que hayan tenido lugar fuera del espacio jurídico del Convenio, no sólo en el ámbito de las obligaciones procesales del derecho a la vida (art. 2) sino también del derecho a no ser expulsado del territorio del Estado del que es nacional (art. 3 del Protocolo nº 4).

a) La obligación procesal de investigar las muertes

En el asunto *Hanan*, el Tribunal constató, en vista a las “características especiales” del caso, que existía un vínculo jurisdiccional entre Alemania y los demandantes que activaba la obligación de investigar las muertes de civiles fuera del territorio de los Estados parte del Convenio por los ataques aéreos en Afganistán en el contexto de operaciones de la OTAN. Afirmaba, sobre la base de esta doctrina, que también puede aplicarse a situaciones extraterritoriales ajenas a las del Convenio, como ya ocurrió en el asunto *Markovic*. En ese caso, relativo a la vulneración del artículo 6, en el que los demandantes reclamaban que las autoridades italianas les habían impedido acceder a los tribunales, se dijo que “aunque la naturaleza extraterritorial de los hechos supuestamente en el origen de una acción puede tener un efecto sobre la aplicabilidad del artículo 6 y el resultado final del procedimiento, no puede en ninguna circunstancia afectar la jurisdicción *ratione loci* y *ratione personae* del Estado interesado. Si los procedimientos civiles se presentan en los tribunales nacionales, el artículo 1 del Convenio exige al Estado que garantice en esos procedimientos el respeto de los derechos protegidos por el artículo 6”⁶⁰.

Las razones en las que se apoyaba eran un conjunto de obligaciones jurídico-internacionales asumidas por el Estado demandado, algunas ya reconocidas en asuntos anteriores, como las que nacen de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario relativas a la responsabilidad penal de los integrantes de las fuerzas armadas por crímenes de guerra⁶¹. También las que surgen de las disposiciones del Acuerdo del Estatuto de las Fuerzas Internacionales de Asistencia para la Seguridad (ISAF) en Afganistán, “que refleja la práctica habitual de los Estados que aportan contingentes para misiones militares bajo mandato de la Naciones Unidas”. Es ciertamente, según advierte el Tribunal, una norma para evitar situaciones de inmunidad, aunque también es una norma de jurisdicción, al determinar quién puede incoar un procedimiento penal contra el personal militar⁶². Y, finalmente, las que resultan de la rati-

60 TEDH, *Markovic y otros v. Italia*, nº. 1398/03, § 54, de 14 de diciembre de 2006.

61 TEDH, *Hanan c. Alemania*, nº. 4871/16, § 137, 16 de febrero de 2021.

62 *Idem*, § 138.

ficación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, plasmadas internamente en el Código Alemán de Crímenes contra el Derecho Internacional⁶³.

En suma, se produce una ampliación de los supuestos fijados en la sentencia *Güzelyurtlu*⁶⁴, al establecerse la obligación procesal de investigar las muertes fuera del espacio jurídico del Convenio, que, seguramente, será de aplicación para todos o casi todos los Estados, en cuanto que las “circunstancias especiales” indicadas por el Tribunal son ciertamente obligaciones comunes de la inmensa mayoría de ellos.

b) *Las obligaciones en el contexto de la repatriación.*

Después de la caída del *Estado Islámico*, los campamentos del este de Siria se llenaron de esposas e hijos de yihadistas. Según las organizaciones que trabajan sobre el terreno, se encontraban en condiciones deplorables, de extrema vulnerabilidad, con graves problemas de salud física y mental derivados de la desnutrición, las condiciones climáticas extremas, la violencia y la explotación sexual. A partir de 2019, algunos Estados, entre ellos Francia, comenzaron a organizar la repatriación de los niños. Sin embargo, este proceso se paralizó por diferentes razones de índole ética, política y jurídica internas, lo que llevó a los familiares a iniciar reclamaciones ante las autoridades gubernamentales y judiciales. La falta de una respuesta favorable a sus intereses los llevó a incoar procedimientos paralelos antes instancias internacionales diferentes: por una parte, una demanda ante el TEDH, y, por otra, comunicaciones individuales ante los órganos de tratados de Naciones Unidas. Aunque todos ellos han constatado la vulneración de ciertas obligaciones convencionales, no hubo coincidencia ni respecto al derecho sustantivo violado ni, por lo que aquí nos interesa, los argumentos que declaran la competencia o jurisdicción de ambos órganos de control.

b.1) La ausencia de una obligación positiva de proteger a las madres y los niños de los tratos inhumanos o degradantes.

Para el TEDH la apertura de procedimientos internos por los familiares no es suficiente para desencadenar la competencia del Estado demandado en relación con el artículo 3 del Convenio que recoge la prohibición de la tortura⁶⁵. Como ya había decidido previamente en otros asuntos, una “conclusión distinta equivaldría a consagrar una aplicación casi universal del Convenio sobre la base de las decisiones unilaterales de cualquier persona, independientemente del lugar del mundo en que se encuentre, y por lo tanto a crear una obligación ilimitada para los Estados contratantes de permitir la entrada de una persona que pudiera correr el riesgo de sufrir malos tratos contrarios al Convenio fuera de su jurisdicción”⁶⁶. Tampoco la activaría los procesos penales abiertos por terrorismo por el propio Estado demandado, en tanto que

63 *Idem*, § 140.

64 Opiniones parcialmente disidentes de los jueces Grozev, Ranzoni y Eicke, párr. 17.

65 TEDH, *HF y otros c. Francia*, nº. 24384/19 44234/20, § 194, de 14 de septiembre de 2022.

66 TEDH, *M.N. y otros c. Bélgica*, nº. 3599/18, § 123, de 5 de marzo de 2020.

los hechos investigados nada tienen que ver con las violaciones de los derechos alegados ante el TEDH. Atendiendo a las observaciones de los terceros Estados intervinientes, afirmó que una interpretación diferente disuadiría a los Estados a iniciar investigaciones a pesar de sus obligaciones internacionales⁶⁷.

No considera, tampoco, apartándose de las decisiones sobre asuntos similares de los órganos de tratados de Naciones Unidas, que la nacionalidad de los demandantes o la capacidad operativa de Francia para repatriar sean elementos particulares que fundamentan el ejercicio de la jurisdicción⁶⁸. Tampoco que las decisiones internas tengan un impacto sobre la situación de los individuos en el extranjero⁶⁹. Añadió, además, que el Derecho internacional consuetudinario, tanto en lo relativo a la protección diplomática como la asistencia consular, no contemplaba la obligación de repatriar a los nacionales, aun cuando pudiesen sufrir tratos inhumanos o degradantes en el extranjero⁷⁰.

b.2) La obligación positiva de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a entrar en su territorio.

En el mismo caso que estamos examinando (*HF y otros c. Francia*), señaló, en cambio, que acontecían “características especiales” que permitían establecer la jurisdicción respecto al artículo 3. 2 del Protocolo n.º 4 (Prohibición de la expulsión de los nacionales), donde se señala que “nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional”⁷¹. Dicha disposición, se dice, debe interpretarse en el contexto actual, con nuevos retos frente al terrorismo y la seguridad nacional, más allá de la intención primigenia de prohibir toda forma de exilio, de modo que beneficie a los nacionales que se encuentran fuera del territorio de los Estados⁷².

Los elementos por los que se decanta esta vez, amén del vínculo jurídico entre el Estado y sus nacionales, son: que los demandantes presentaron solicitudes oficiales de repatriación y asistencia sobre la base de valores fundamentales de las sociedades democráticas; que sus familiares se enfrentaban a una amenaza real e inmediata para sus vidas y su integridad física, debido a las condiciones en los campamentos incompatibles con la dignidad humana; que el único modo de abandonar los campamentos sería con la ayuda de las autoridades francesas; y que las autoridades kurdas habían manifestado su voluntad de entregar a los detenidos⁷³.

No debe sin embargo deducirse de ellos ninguna obligación de repatriación de los nacionales⁷⁴. Tan solo exige el Tribunal que se cumplan ciertas obligaciones positivas para que el derecho

67 *Idem*, §195.

68 TEDH, *HF y otros c. Francia*, n.º. 24384/19 44234/20, § 198-199, de 14 de septiembre de 2022.

69 *Idem*, § 200.

70 *Idem*, § 201.

71 Como apuntaba ya la doctrina: NABIL, H., “La juridiction de l’État, une notion sous tension”, en *Annuaire français de droit international*, vol. 65, 2019. pp. 750-763;

72 *Idem*, § 210.

73 *Idem*, § 213.

74 *Idem*, § 259.

consagrado en dicha disposición sea eficaz, pues si el Estado de niega a tomar medidas dejaría al nacional en una situación *de facto* equivalente al exilio que se quiere evitar. Entre ellas, se exige que el procedimiento esté rodeado de garantías contra la arbitrariedad. Ahora bien, no nacen a partir de este pronunciamiento nuevos derechos procesales, exigibles en todos los casos, pues, limitando aún más su alcance, advierte que previamente es preciso comprobar que existen circunstancias excepcionales por la presencia de factores extraterritoriales que amenazan, por ejemplo, la vida o la integridad física de familiares de los demandantes, sobre todo los niños. Para ello, esta vez sí, acudió a las conclusiones previas de los órganos de control de Naciones Unidas, del Comité de los Derechos del Niño, que instaba a las autoridades francesas a tener en cuenta el interés superior del niño y que consideraba que su situación representaba una amenaza inminente y previsible para la vida de los niños víctimas⁷⁵.

En todo caso, y a diferencia de lo dictaminado por el Comité como veremos luego, que recomendó la adopción de medidas urgentes para proceder a la repatriación de las víctimas, el Tribunal aquí solo mantiene que deben volver a examinarse las solicitudes para entrar en el territorio francés a través de un proceso con las garantías precisas para evitar cualquier arbitrariedad.

IV. EL ENFOQUE FUNCIONAL DESARROLLADO POR LOS ÓRGANOS DE TRATADOS: LA NECESIDAD DE OTROS FACTORES ADICIONALES PARA SU ACTIVACIÓN

Más allá del régimen jurídico internacional que ordena los espacios marinos, este enfoque apenas se había utilizado hasta fechas recientes en la práctica internacional. Jurisprudencialmente, tan solo encontramos referencias a él en la opinión concurrente del juez Bonello en el asunto *Al-Skeini*, que consideraba que la jurisdicción no debía ser ni territorial ni extraterritorial, sino que debía ser funcional⁷⁶. Esta se ejercería cuando se estuviese bajo la autoridad o el control de un Estado Parte. Según sus palabras, “la jurisdicción dimana del mero hecho de haber asumido obligaciones [de derechos humanos] y de tener la capacidad de cumplirlas (o no cumplirlas)”⁷⁷. Desde Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos, en relación con el derecho a la vida, ya aprobó en este sentido la Observación general núm. 36, que, sin hacer referencia expresa al carácter funcional, consideró que la obligación de respetarlo se extiende a todas las personas sobre cuyo disfrute se ejerce el poder o el control efectivo, incluyendo las que se encuentran fuera del territorio, pero cuyo derecho a la vida se ve afectado por actividades de manera directa y razonablemente previsible⁷⁸.

Desde un punto de vista doctrinal, son muy diferentes las visiones de que se ofrecen de este enfoque. Así, se ha afirmado que dicha lectura de la jurisdicción revela “funciones guber-

75 *Idem*, § 269.

76 Opinión concurrente del juez Bonello en el asunto TEDH, *Al-Skeini*, n.º 55721/2007, de 7 de julio de 2011, párr. 12.

77 Párr. 13.

78 Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 36, *Artículo 6: derecho a la vida*, doc. CCPR/C/GC/36, de 3 de septiembre de 2019.

namentales” a través de las cuales el Estado ejercer sus poderes⁷⁹, mediante su competencia normativa, judicial o ejecutiva en un caso concreto⁸⁰. Para otros autores, este enfoque denota la capacidad del Estado para cumplir las obligaciones⁸¹. Los Estados tendrían la responsabilidad de proteger los derechos de los individuos en aquellas situaciones en las que ellos puedan operar y razonablemente se espera que los hagan en función de los medios para evitarlo⁸².

Esta orientación no es fácil de llevarla a la práctica porque podría llevar a una ampliación desmesurada de las obligaciones que tengan que asumir los Estados, a no ser que viniese equilibrada con la combinación de otros factores⁸³. Además, podría originar una mayor incertidumbre jurídica, en tanto que resulta complejo determinar el grado de previsibilidad, el nivel de control o el poder ejercido. En todo caso, parece que es asumido ya por algunos órganos de control regionales y universales, lo que nos permite conocer con mayor detalle aquellas consideraciones que mayor peso dan a este enfoque⁸⁴.

1. La nacionalidad: no es una base autónoma pero necesaria.

De acuerdo con el jurisprudencia o doctrina de los órganos de control, el vínculo de la nacionalidad es un elemento relevante pero no es por sí mismo suficiente un título competencial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *HF y otros c. Francia*), como ya apuntamos, no lo tuvo en cuenta en conexión con el artículo 3 del Convenio, pues en ese caso se estaría reclamando que se respetasen estas obligaciones sin tener un control sobre el terreno donde se están infringiendo los malos tratos⁸⁵. Sí en cambio respecto al artículo 3. 2 del Protocolo nº 4, en tanto que el derecho allí consagrado se refiere específicamente a los nacionales y no a los extranjeros. Así pues, según sus palabras, la nacionalidad de las personas que se encuentran en los campamentos, junto a su deseo de volver a su país, constituyen “fuertes vínculos de hecho y de derecho” con el Estado demandado, si bien no puede considerarse una circunstancia suficiente o una base autónoma de jurisdicción⁸⁶.

79 El profesor Carrillo Salcedo indicaba que para que el Convenio fuera aplicable era suficiente que el Estado pudiese ejercer cierto poder sobre la persona afectada (en “Article 1”, en PETITTI, L. E., DECAUX, E. IMBERT, P., *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Economica, 2.ª ed., París, 1999, p. 135).

80 MORENO-LAX, V., “The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the “Operational Model”, *German Law Journal*, vol. 21, 2020, pp. 402-403.

81 MILALOVIC, M., “Surveillance and cyber operations”, en GIBNEY, M, ERDEM TÜRKELLI, G. KRAJEWSKI, M. (eds.), *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*, Wouter Vandenhoe, Nueva York, 2022, p. 379

82 SHANY, Y., “Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law”, *Law And Ethics Of Human Rights*, vol. 7, 2013, p.67.

83 MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application...*, *op. cit.*, p. 56.

84 MALLORY, C., *Human Rights Imperialists. The Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, Hart, Oxford 2020, p. 206.

85 TEDH, *HF y otros c. Francia*, nº. 24384/19 44234/20, § 198, de 14 de septiembre de 2022.

86 Párr. 205.

Los dos Comités de Naciones Unidas (Derechos del Niño y contra la Tortura) que han conocido de estos asuntos han adoptado la misma orientación, recurriendo a este criterio pero no de manera aislada sino contextualizándolo en el marco de las circunstancias concretas del caso. En ambas decisiones, las observaciones del Comité fueran idénticas: el Estado parte, como Estado de nacionalidad de las víctimas tiene capacidad y autoridad para proteger sus derechos adoptando medidas a fin de repatriarlos u ofreciendo otras respuestas consulares.

Aunque las recomendaciones a las que llegaron ambas instancias (que prosigan los esfuerzos para asegurar la repatriación de los familiares) fueron celebradas por la doctrina, preocupaba que su razonamiento fuera potencialmente arbitrario. Entre otros motivos, consideraron que estábamos ante un problema que debía resolverse de manera colectiva, no de manera individualizada, por lo que no debería utilizarse criterios, como el de nacionalidad, que sirviesen en realidad para repartir la carga del problema, algo que es incompatible con la naturaleza universal de los derechos humanos⁸⁷. Su aplicación podría ser por tanto improcedente cuando juega un papel relevante para justificar obligaciones extraterritoriales de derechos humanos⁸⁸.

2. La capacidad, combinada con elementos *de iure* y *de facto*, en los casos de omisiones del Estado.

A diferencia del TEDH, los órganos de expertos son cada vez más proclives a utilizar este criterio para determinar su competencia, en situaciones y ante violaciones de derechos muy dispares, como la repatriación, operaciones de rescate en el mar o los fenómenos ambientales. En todos los casos, la capacidad como criterio para determinar la jurisdicción exige sin embargo la presencia de otros elementos, como el conocimiento, el impacto de las acciones u omisiones estatales o una relación de causalidad.

A) CONOCIMIENTO Y PODER DE INTERVENCIÓN.

En varios asuntos resueltos por diferentes Comités de Naciones Unidas, que examinaban la vulneración de derechos por la negativa de las autoridades francesas a la repatriación de nacionales vinculados con actividades terroristas, podemos encontrar una primera aproximación a este enfoque⁸⁹. El Comité de los Derechos del Niño, que ya había utilizado el criterio de la capacidad en su decisión de admisibilidad⁹⁰, y en contra de la postura del Estado, que defendía

87 MILANOVIC, M., “Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights” *EJIL:Talk!* (10 de noviembre 2020) <www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>

88 RAIBLE, L., “Extraterritoriality between a rock and hard place”, *QIL, Zoom-in*, vol. 82, 2021, p. 16.

89 Un enfoque criticado por la doctrina desde una perspectiva estrictamente hermeneútica: EMBERLAND, M. ” The Committee on the Rights of the Child’s Admissibility Decisions in the ‘Syrian Camps Cases’ against France: a Critique from the Viewpoint of Treaty Interpretation”, en *Human Rights Law Review*, 2023, vol. 23, 1–11

90 *S. B. y otros c. Francia*, comunicación núm. 77/2019, doc. CRC/C/86/D/R.77/2019, de 25 de febrero de 2021, apartado 8.8; *S. H. y otros c. Francia*, comunicaciones núms. 79/2019 y 109/2019, doc. CRC/C/85/D/79/2019–CRC/C/85/D/109/2019, apartado 9.7.

las clásicas doctrinas sobre la jurisdicción, enumeró una relación de factores que demostraban la autoridad de Francia para proteger los derechos de los niños. Por una parte, el *poder* del Estado de intervenir para proteger los derechos de sus nacionales, que ya se había demostrado al repatriar a otros niños, junto al consentimiento de las autoridades *de facto* y de los familiares⁹¹. Por otra, el *conocimiento* de la situación por parte de las autoridades francesas, de donde se derivaba la obligación positiva de proteger a esos niños contra un riesgo inminente de que se viese vulnerado su derecho a la vida⁹².

Por su parte, el Comité contra la Tortura, utilizando la misma *ratio decidendi*, sin entrar a examinar si existe una obligación internacional de repatriación de los nacionales, consideró que dada la capacidad de *intervención* (aunque no eran los responsables de las violaciones sufridas) tenía la obligación de tomar las medidas necesarias para impedir que se cometiesen actos que constituyesen tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁹³.

B) CAPACIDAD Y CAUSALIDAD: EL CONTROL SOBRE LA FUENTE DE LOS DAÑOS

La responsabilidad de algunos Estados europeos (por su omisión o actuación negligente) en el Mar Mediterráneo en las operaciones de salvamento marítimo de los migrantes provenientes del norte de África, ha sido examinada en dos asuntos por los órganos de tratados de Naciones Unidas, en concreto, por el Comité de Derechos Humanos. Se tratan de dos demandas contra Malta e Italia sobre los mismos hechos, si bien, en lo que se refiere al examen de admisibilidad, se llegaron a conclusiones diferentes. Es importante en este caso describir lo que aconteció el 11 de octubre de 2013. El suceso se produjo a 113 km al sur de Lampedusa (Italia) y a 218 km de Malta. Las víctimas, que habían llegado a Libia, fueron trasladadas a un pesquero, que pocas horas después de hacerse al mar, comenzó a hundirse por los disparos de un barco, lo que llevó a uno de ellos a llamar al servicio italiano de emergencias marítimas. Les informaron que se encontraba en la zona de búsqueda y salvamento de Malta y les instaron a que se pusieran en contacto con ellos. Ambos centros de salvamento (Italia y Malta) evitaron, durante varias horas, asumir la responsabilidad de la operación. Cuando definitivamente recibieron el orden de intervenir, era demasiado tarde: en el naufragio murieron más de doscientas personas, sesenta de ellos niños⁹⁴.

Aunque la demanda contra Malta fue inadmitida por no haberse agotado los recursos internos disponibles, el Comité no dio la razón al Estado en lo relativo a la falta de jurisdicción. De su argumentación podemos discernir dos motivos complementarios. Por un lado, parece basarse en la existencia de obligaciones jurídico-internacionales. Partiendo de la idea de que deben respetarse los derechos a toda persona bajo su control efectivo, incluidos los migrantes e in-

91 *S. B. y otros c. Francia*, comunicación núms. 77/2019, 79/2019 y 109/2019, doc. CRC/C/89/D/77/2019, CRC/C/89/D/79/2019, CRC/C/89/D/109/2019, de 9 de marzo de 2022, apartado 6.4.

92 Apartado 6.9.

93 *L. V. y otros c. Francia*, comunicación núm. 922/2019, doc. CAT/C/75/D/922/2019, de 2 de marzo de 2023, apartado 7.5.

94 Más detalles sobre los hechos: *A. S. y otros c. Malta*, comunicación núm. 3042/2017, doc. CCPR/C/128/D/3043/2017, de 28 de abril de 2021, apartados 2.1 a 2.4.

dividuos que buscan asilo, considera que dicha garantía (sobre todo el derecho a la vida) debe extenderse más allá de su territorio, a todos aquellos a bordo de un buque bajo su pabellón o que se encuentren en peligro en el mar según las normas marítimas internacionales. Nos recuerda que el artículo 98 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece la obligación (con ciertas limitaciones) de proteger la vida de los individuos en caso de un desastre marítimo y la obligación de crear y mantener un servicio de búsqueda y salvamento⁹⁵. Igualmente, que el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo 1979 (SAR)⁹⁶ y el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974⁹⁷, fijan zonas de responsabilidad de los Estados en esta materia⁹⁸. Del análisis de sus reglas se concluye que efectivamente la embarcación en peligro se encontraba en la zona de búsqueda y salvamento en la que Malta había asumido la responsabilidad.

Por otro lado, se menciona la Observación general núm. 36 (2018), que, como se ha dicho por la doctrina, ampararía “situaciones en las que lo relevante no es en qué lugar se produce la actividad del Estado y si este tiene control sobre los territorios o los individuos, sino la *capacidad* de la actuación estatal para *afectar* derechos humanos, en cualquier lugar en el que se encuentren las personas afectadas”⁹⁹. También la jurisprudencia previa del Comité (el asunto *Munaf*) donde se decía que se podría ser responsable de violaciones extraterritoriales si hubiera un vínculo en la cadena causal que hiciese posibles violaciones en otra jurisdicción¹⁰⁰. De todo ello se llega a la conclusión de que el Estado maltés había ejercido “el control efectivo de la operación de rescate, lo que podría dar lugar a una relación causal directa y razonablemente previsible entre los actos y omisiones de los Estados parte y el resultado final de la operación”¹⁰¹.

La solución adoptada por el Comité no es pacífica. Y es que, como se ha apuntado, ambos regímenes internacionales no son equiparables, pues mientras los mecanismos de protección de los derechos humanos tienen al individuo como centro del sistema, en el caso de la regulación de los espacios marinos la persona solo es protegida incidentalmente, sin que haya una

95 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, núm. 31363, pág. 3.

96 Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (Hamburgo, 27 de abril de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1405, núm. 23489, pág. 97.

97 Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974 (Londres, 1 de noviembre de 1974), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1184, núm. 18961, pág. 2.

98 Con más detalle, SOBRINO HEREDIA, J.M. y OANTA, G.A., “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”, *AFDUDC*, vol. 14, 2010, pp. 782–787.

99 NAGORE CASAS, M., “Los acuerdos de capacitación a terceros estados para la contención migratoria: Nuevos desarrollos en el concepto de jurisdicción de los tratados de derechos humanos”, en ABRISKETA, J. (dir.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 239.

100 *Munaf c. Rumanía*, comunicación núm. 1539/2006, doc. CCPR/C/96/D/1539/2006, de 21 de agosto de 2009, apartado 14.2. Dicha referencia fue criticada por uno de los miembros del Comité (Andreas Zimmermann) que en un voto particular disidente defendió que ambas situaciones no eran comparables porque en el asunto aludido la víctima se encontraba en la Embajada, donde el Estado ejercía su jurisdicción.

101 Apartado 6.7.

atribución directa de derechos¹⁰². Según la opinión disidente del miembro del Comité, Andreas Zimmermann, no es fácil defender que la obligación de proteger del Pacto pueda derivarse del incumplimiento de obligaciones que se encuentran en otro conjunto o sector del Derecho internacional, como es el Derecho del mar¹⁰³. Estamos ante normas diferentes: las de derechos humanos consagran derechos de las personas frente al Estado y las del Derecho del mar obligaciones del Estado que debe ser desarrolladas en la legislación interna.

Dicha decisión, además, podría poner en peligro el objetivo último de estas normas de salvamento marítimo, ya que los Estados, advertidos de que su actuación podría hacerles responsables desde el punto de vista del Pacto, al hallarse bajo su jurisdicción, puede que sean cada vez más reacios a asumir esas obligaciones derivadas del Derecho del mar¹⁰⁴.

En todo caso, parece que el Comité era consciente de no podía operar con un enfoque funcional ilimitado, muy expansivo, sino que esa potencial capacidad de actuación debía valorarse con otros factores¹⁰⁵, teniendo en cuenta otras obligaciones jurídicas separadas, en otro cuerpo normativo, y el elemento causal. Esa combinación de elementos, que nos recuerda a la fórmula de las “características especiales”, donde lo que se resalta es el control o el poder sobre la fuente de las violaciones de los derechos humanos (que no sobre las víctimas), no es del todo novedosa, ya que encontramos algún precedente en otros sistemas regionales de derechos humanos.

Sería el caso del sistema interamericano, donde la Corte de Derechos Humanos, en el marco de la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar a los derechos humanos, dijo, como defendía parte de la doctrina¹⁰⁶, que la jurisdicción nacería cuando hubiese un ejercicio de poder o autoridad sobre la fuente contaminante. En sus palabras, “cuando el Estado de origen ejerce un *control efectivo* sobre las actividades llevadas a cabo que causaron el daño y consecuente violación de derechos humanos”¹⁰⁷. Pero esto no ocurriría en todos los

102 ABRISKETA, J. “El derecho del mar y los derechos humanos”, en OANTA, G. (coord.), *El derecho del mar y las personas y grupos vulnerables*, Bosch, Barcelona, 2018, p. 37.

103 Anexo I, Voto particular (disidente) de Andreas Zimmermann, miembro del Comité, apartado 5.

104 Apartado 9.

105 Al respecto, en un análisis desde la perspectiva del TEDH, PAPASTAVRIDIS advertía que “knowledge or reasonable certainty of the distress situation alone does not suffice, because the element of the “physical control and authority,” which the presence of the on-the-scene coordinator and the rescue units reassure, would be missing. Should both elements exist, the persons come under the authority and control of these units and thus within the jurisdiction of the coastal State for ECHR purposes [...] The establishment of the jurisdiction of the State concerned over the persons in distress at sea does not necessarily entail the responsibility of that State for the violation of the respective rights under the ECHR. As stated above, there are certain conditions that the ECtHR would assess in this regard” (en “The European Convention of Human Rights and Migration at Sea: Reading the “Jurisdictional Threshold” of the Convention Under the Law of the Sea Paradigm”, *German Law Journal*, núm. 21, 2020, p. 434.

106 Entre otros, VIÑUALES, J. E., “A human rights approach to extraterritorial environment protection?”, en BHUTA, N. (ed.), *The frontiers of human rights. Extraterritoriality and its challenges*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 197–202.

107 *Medio ambiente y derechos humanos* (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal-Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos

casos, sino solo cuando medie “una *relación de causalidad* entre el hecho que ocurrió en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio”¹⁰⁸.

De lo que ya no se puede hablar es de un pronunciamiento aislado. Aunque, una vez más, estamos ante una demanda declarada finalmente inadmisibile, el asunto *Chiara Sacchi y otros*, ante el Comité de los Derechos del Niño, consolida el modelo que estamos examinando. Los autores de esta demanda, un grupo de menores de diferentes nacionalidades, defendieron en su queja que el Estado no había adoptado medidas preventivas contra el cambio climático, poniendo en riesgo su vida, su salud y su cultura. Aplicando las conclusiones de la citada opinión consultiva, el Comité indicó que los niños estarían bajo la jurisdicción del Estado en el caso de que existiese un vínculo causal entre sus acciones u omisiones y el impacto negativo sobre los derechos de los niños situados fuera de su territorio¹⁰⁹. No obstante, consideró necesario evaluar, para establecer la jurisdicción, diferentes requisitos que habitualmente se examinan como una cuestión de fondo. Primero, defendió que el Estado parte tenía un *control efectivo sobre la fuente* de las emisiones de carbono dentro de su territorio, por su *capacidad* para regular dichas actividades y hacer cumplir la legislación interna¹¹⁰. Segundo, adujo que los daños de las omisiones del Estado eran *razonablemente previsibles*¹¹¹. Y, tercero, mantuvo que las víctimas habían sufrido *personalmente* un daño real y sensible.

C) EL IMPACTO O LA INFLUENCIA DECISIVA DE LA ACTUACIÓN ESTATAL: EL CRITERIO DE LA PROXIMIDAD.

La otra demanda contra Italia por las operaciones de salvamento, que sí se admitió, fue sin embargo muy controvertida, a tenor, nada habitual, del número de opiniones particulares de los miembros del Comité. Y es que se recurrió en este asunto a un nuevo criterio para determinar la jurisdicción: una *relación especial de dependencia* entre las personas de la embarcación en peligro e Italia. Pero ¿cuáles son los elementos jurídicos y fácticos que le llevan a dicha conclusión? Antes de nada, hay que recordar que la embarcación no se encontraba en su zona de búsqueda y salvamento y que fueron las autoridades maltesas las que asumieron la responsabilidad de la operación. Pese a ello, afirmó que las autoridades italianas colaboraron en ella debido a la *proximidad* en la que se encontraba un navío de la marina italiana a la embarcación en peligro. Hubo, además, un *contacto inicial* entre ésta y el centro de salvamento italiano. Y, en suma, una *participación* permanente en la operación de salvamento. Paralelamente, como ya se dijo en el caso contra Malta, existía un *deber* de socorro y de cooperación en las operaciones de salvamento según diferentes obligaciones jurídicas del Derecho del mar. De la combinación de todos estos factores, el Comité llegó a la siguiente conclusión: “las personas que

Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, Serie A No. 23, párr. 104 (las cursivas son nuestras).

108 Párr. 101 (las cursivas son nuestras).

109 *Chiara Sacchi y otros c. Argentina*, comunicación n.º 104/2019, de 22 de septiembre de 2021, doc. CRC/C/88/D/104/2019, apartado 10.7.

110 Apartado 10.9

111 Apartado 10.11.

se encontraban en la embarcación en peligro se vieron *directamente afectadas* por las decisiones adoptadas por las autoridades italianas de un modo que era razonablemente previsible”¹¹².

Lo que parece sugerir el Comité, como apuntaron algunos de sus miembros, es que la jurisdicción se deriva de la posibilidad de actuar en la operación, sin que haya realmente un control efectivo, porque ciertamente solo se produjo un primer contacto sin que Italia asumiera la coordinación de la operación. Dicho enfoque, que podría ser válido para los casos de conflictos “negativos” de jurisdicción, en las que ningún Estado se hace responsable, no lo es para los “positivos”, donde sí lo hay¹¹³.

Dicha decisión no encuentra su reflejo en la jurisprudencia del TEDH sobre las operaciones en el mar, que se ha pronunciado, efectivamente, a favor de la aplicación del Convenio, pero en supuestos de interceptación por parte de los agentes estatales. En el caso *Medvedyev* fue una fragata francesa la que detuvo y apresó a un carguero, bajo pabellón de un tercer Estado, para más tarde llevarlo a puerto y ponerlo a disposición judicial a los miembros de la tripulación. Para el Tribunal, el Estado ejerció un control total y absoluto de manera continua e ininterrumpida, por lo menos *de facto*, hasta que fueron entregados a las autoridades judiciales francesas¹¹⁴.

Tampoco creemos que se pueda comparar con el asunto *Hirsi Jamaa*, aunque en este caso los acontecimientos ocurrieron durante una operación de salvamento, en una situación de *push back* marítima¹¹⁵. La interceptación de las embarcaciones, donde se encontraban a bordo ciudadanos somalíes y eritreos, se produjo a 35 millas náuticas al sur de Lampedusa, también en el área de responsabilidad de salvamento maltés, por los guardacostas y servicios de vigilancia aduanera italianos. Los pasajeros fueron trasladados a buques militares italianos y más tarde devueltos a Trípoli, sin que fueran informados en ningún momento de su destino final. En contra de la opinión del gobierno italiano, que negaron que sus autoridades ejercieran un

112 *A.S. y otros c. Italia*, comunicación núm. 3042/2017, doc. CCPR/C/130/D/3042/2017, de 28 de abril de 2021, apartado 7.8 (las cursivas son nuestras).

113 Voto particular conjunto (disidente) de Yuval Shany, Christof Heyns y Photini Pazartzis (anexo I), apartado 6. Además, concedores de esta decisión, es muy posible que los Estados traten de evitar cualquier contacto con estas embarcaciones para no crear una situación de “dependencia” (Voto particular (disidente) de Andreas Zimmermann (anexo II), apartado 4).

114 TEDH, *Medvedyev y otros c. Francia*, nº 3394/03, § 67, de 29 de marzo de 2010. Al respecto, CACHO SÁNCHEZ, Y., “Los límites de la lucha internacional contra el tráfico ilícito de estupefacientes en alta mar”, en *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 17, 2008.

115 Sobre dicho asunto, BOLLO AROCENA, M.D., “Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa* y otros c. Italia”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. LÓPEZ MARTÍN, A.G. (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2012, pp. 647-666; CASTRO SÁNCHEZ, C., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa* e.a. c. Italia, 27765/09. “Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo nº 4 – Tortura y tratos inhumanos y degradantes – derecho a un recurso efectivo – prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 46, 2013, pp. 1119-1135; LENZERINI, F., “Il principio del “non-refoulement” dopo la sentenza “Hirsi” della Corte europea dei diritti dell’uomo”, en *Rivista di diritto internazionale*, vol. 95, 2012, pp. 721-761.

control absoluto y exclusivo sobre los demandantes, pues su actuación no podía catalogarse como una operación policial marítima, sino una intervención en alta mar de personas en situación de peligro impuesta por el Convenio de Montego Bay, observó, precisamente a partir de las normas consuetudinarias contempladas en este instrumento jurídico internacional, que los buques cuando navegan en alta mar están sujetos exclusivamente a la jurisdicción del Estado cuyo pabellón enarbola, de modo que cuando se constate que haya un control sobre un individuo podría afirmarse que hay un control *de iure*¹¹⁶, sin que sea relevante el argumento de que exista un control mínimo en el momento de la actuación¹¹⁷. En suma, durante el periodo que va desde el momento en que las víctimas subieron a bordo de los buques de la armada italiana hasta que fueron entregadas a las autoridades libias hubo un control continuo y exclusivo *de iure y de facto*¹¹⁸.

Así pues, como ha afirmado algún autor, las constataciones a las que llega en este asunto el TEDH solo deberían extenderse a situaciones equiparables, esto es, cuando haya una interceptación en alta mar con un control sobre las personas en las que coincide la presencia de un título de jurisdicción en el Derecho internacional y la efectividad de su ejercicio por los agentes estatales¹¹⁹. No sería el caso resuelto por el Comité que acabamos de examinar, ya que, en verdad, las autoridades italianas no embarcaron a los migrantes en uno de los buques de rescate pertenecientes al Estado, ni fueron llevados a puerto. Tampoco se enviaron buques en el marco de una operación de salvamento de personas en el mar en situaciones de peligro.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El TEDH sigue aferrado al doble modelo espacial y personal que le exige, cuando se tiene que enfrentar a nuevas situaciones con respecto a conductas estatales con efectos extraterritoriales, recurrir a elementos o factores inéditos para mantener una explicación lo más coherente posible con su clásica jurisprudencia y así no parecer arbitrario. Por el contrario, los órganos de tratados de Naciones Unidas parecen decididos, sin ambages, a utilizar renovados criterios, con una orientación *pro homine*, que parecen ampliar el alcance territorial de las obligaciones estatales enunciadas en los tratados universales de derechos humanos.

Igual es un poco atrevido en estos momentos hablar de nuevos modelos alternativos a los clásicos ya existentes, pero de lo que no cabe duda es que el enfoque del criterio del control efectivo, clave para determinar la competencia *ratione loci*, requiere de una necesaria renovación que dé respuesta a aquellas situaciones en las que los Estados, conocedores de dicha doctrina, sortean situaciones, con nuevas estrategias, para evitar que su conducta pueda encajar en el esquema jurisdiccional tradicional.

116 TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, nº. 27765/09, § 77, de 23 de febrero 2012.

117 Apartado 79.

118 Apartado. 81.

119 SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, p. 128.

Ya sabemos que los órganos de control no llevan a cabo su tarea de una manera aislada, sino en armonía con los principios y reglas jurídicas internacionales del que forma parte integrante¹²⁰, por lo que es habitual encontrar en sus pronunciamientos continuas referencias a otras decisiones de instancias judiciales regionales e internacionales¹²¹. No obstante, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las decisiones de otros órganos no son *determinantes*¹²², incluso aunque estemos antes cláusulas muy similares. En cualquier caso, y siempre teniendo presente que cada sistema tiene sus propias peculiaridades¹²³, debe justificarse con mayor rigor, para evitar la fragmentación en este sector del Derecho internacional¹²⁴, las razones por las que no siempre se lleva a cabo esta armonización. Con todo, los razonamientos divergentes no encierran, en muchos casos, sino una mera diferencia nominal, en razón a los conceptos manejadas, pues en el fondo sus planteamientos llevan a resultados parejos, como ocurre con los indicadores o elementos presentes en las decisiones de los órganos de expertos y la fórmula de las “características especiales”.

120 *Judge c. Canadá*, comunicación n.º 829/1998, 5 de agosto de 2002, doc. CCPR/C/78/D/829/1998, párr. 10. 3; *Harun c. Suiza*, comunicación núm. 758/2016, de 6 de diciembre de 2018, doc. CAT/C/65/D/758/2016; *Fogarty c. el Reino Unido* [GS], n.º 37112/97, § 35, de 21 de noviembre de 2001; TEDH, *Al-Saadoon y Mufdhi c. el Reino Unido*, n.º 61498/08, § 126, de 2 de marzo de 2010; *Cyprus c. Turquía*, n.º 25781/94, § 23, de 12 de mayo de 2014

121 Al respecto, BURGORGUE-LARSEN, L., “Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de L’Union Européenne”, *Chemins d’Europe: Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 145-173; FOROWICZ, M., *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010; TOUZÉ, S., “Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l’homme”, en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, 2011, pp. 517-532; ZIELEME, I., “Case-Law of the European Court of Human Rights and integrity of International Law”, en HUESA VINAIXA, R. y WELLENS, K. (dir.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation su Droit International*, Bruylant, Bruselas 2006, pp. 187-210.

122 TEDH, *Correia de Matos c. Portugal* [GS], n.º 56402/12, § 137, de 4 de abril de 2018.

123 BREMS, E., “Smart Human Rights Integration”, en BREMS, E. Y OUALD CHAIB, S. (eds.), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users’ Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2018, p. 183

124 Opinión disidente de los jueces Tsotsoria, Motoc y Mits en el asunto *Correia de Matos c. Portugal*.

MECANISMOS COMBINADOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A OPERACIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS

COMBINED MEDIATION AND ARBITRATION MECHANISMS IN THE RESOLUTION OF DISPUTES RELATING TO CROSS-BORDER COMMERCIAL OPERATIONS.

MANUEL E. MORÁN GARCÍA *

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ESPECIALES REQUERIMIENTOS DE LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS OPERACIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS. III. MECANISMOS HÍBRIDOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS: MED-ARB, ARB-MED, ARB-MED-ARB. IV. RECEPCIÓN DE LOS MÉTODOS HÍBRIDOS ARBITRAJE/MEDIACIÓN EN ESPAÑA. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Esta contribución tiene dos objetivos, abordados con metodologías diferentes. En primer lugar, desde una perspectiva descriptiva, se analizan las fórmulas combinadas de arbitraje y mediación —ARB-MED, MED-ARB, ARB-MED-ARB— desarrolladas en la práctica de los negocios internacionales como MASC/ADR, como mecanismos para conseguir lo mejor de ambos sistemas de resolución de controversias. En segundo término, desde un punto de vista crítico, se aborda la recepción de estos mecanismos híbridos en el ordenamiento jurídico español, habida cuenta de la prohibición general establecida en nuestra legislación arbitral: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre estas (art. 17.4 Ley 60/2003 de arbitraje).

ABSTRACT: *This contribution has two objectives, addressed with different methodologies. Firstly, from a descriptive perspective, the combined arbitration and mediation formulas —ARB-MED, MED-ARB, ARB-MED-ARB— developed in the practice of international business as MASC/ADR are analyzed as mechanisms to achieve the best of both dispute resolution systems. Secondly, from a critical point of view, the reception of these hybrid mechanisms in the Spanish legal system is addressed, taking into account the general prohibition established in our arbitration legislation: Unless the parties agree otherwise, the arbitrator may not have intervened as a mediator in the same conflict between them (article 17.4 of arbitration law 60/2003).*

PALABRAS CLAVE: Mecanismos alternativos de resolución de controversias (MASC), mediación, arbitraje, resolución de controversias en las relaciones comerciales transfronterizas, MED-ARB, ARB-MED, ARB-MED-ARB, imparcialidad del árbitro y figura del “med-árbitro”

KEYWORDS: *Alternative dispute resolution systems (adrs), mediation, arbitration, dispute resolution in cross-border commercial relations, MED-ARB, ARB-MED, ARB-MED-ARB, impartiality of the arbitrator and the figure of the “med-arbitrator”*

Fecha de recepción del trabajo: 18 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de diciembre de 2023.

* Profesor Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Alicante, manuel.moran@ua.es

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características básicas de la regulación contemporánea de las relaciones privadas transfronterizas es el papel protagonista de los mecanismos de resolución de controversias¹. En este trabajo se utiliza la locución “operaciones de comercio transfronterizas” para dar cuenta de un ámbito social y jurídico cercano al analizado desde la perspectiva del denominado “derecho de los negocios internacionales” (*international business*), que contribuya a deslindarla respecto de otras realidades y perspectivas distintas, definidas a partir de expresiones como “comercio internacional” (*international trade*)². La perspectiva es deliberadamente amplia, al efecto de dar cuenta no sólo de las relaciones contractuales, sino de otro tipo de litigios que tienen que ver con obligaciones extracontractuales —por ejemplo, con la infracción de derechos de Propiedad Intelectual, el derecho de la competencia o la propia responsabilidad precontractual— u otros ámbitos que van siendo progresivamente ocupados por distintos mecanismos de solución de controversias distintos del jurisdiccional.

En este contexto, la vis expansiva de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), o *Alternative Dispute Resolution Systems (ADRS)* es indudable³ y resulta especialmente acusada e interesante en el espectro comercial transfronterizo. Las líneas que siguen se centran en las posibilidades que ofrecen el arbitraje y la mediación, no considerados en sí mismos, sino como integrantes de diferentes sistemas híbridos de resolución de controversias, bifásicos o multifásicos: *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb* (también, *AMA*)⁴. La utilización sucesiva y combinada de ambos mecanismos deberían permitir, por un lado, superar algunas de las objeciones más comúnmente señaladas a cada uno por separado; por otro, potenciar sus innegables ventajas a la hora de encontrar una solución adecuada a controversias de gran complejidad jurídica como, por definición, suelen ser todas las que surgen en un contexto transfronterizo.

1 E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, Cours général de droit international privé; *Recueil des cours*, t. 251, 1995, pp. 13 a 267; esp., pp. 47 y ss.: M.E. Morán García, “Una revisión del Derecho internacional privado para la sociedad del siglo XXI”, en *Estrategia europea 2030 y sus retos sociales. Una lectura desde el Derecho internacional privado*, 2022, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 147 a 172; esp., p. 151.

2 Vid. J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García, P.A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, 6ª ed., Madrid, 2020.

3 W. Nava González, “Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en línea: su problemática en el derecho internacional privado”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, consultado el 22.06.2023 en <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429563865007/index.html>, visitado 03.07.2023; A. Sanfeliz, “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (ADR’s): ¿Para qué sirven?”, en [Lopez-Ibor-iborabogados.com](https://www.lopez-ibor-iborabogados.com), 2020, visitado el 02.07.2023. En la U.E. destaca la herramienta multilingüe en línea, creada en 2016 por la Comisión Europea, para la resolución de diferencias entre consumidores y empresas, Resolución de litigios en Línea, que puede consultarse en <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES>, visitado el 23.06.2023

4 M. Lalaguna, “Med-Arb, Arb-Med y variantes: una alternativa a los ADR tradicionales”, post jurídico de octubre de 2020, publicado en <https://cms.law/es/esp/publication/med-arb-arb-med-y-variantes-una-alternativa-a-los-adr-tradicionales>, consultado el 02.11.2023; J. Allison, “Alternative Dispute Resolution Research: Med-Arb, Arb-Med”, publicado en *Harvard Law School Library*, <https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=310591&p=2078484>, actualizado el 9 de octubre de 2020, consultado 02.07.2023

Muy sintéticamente, es común señalar, entre las ventajas tradicionales del arbitraje comercial internacional⁵: a) la especialización e imparcialidad del órgano arbitral, b) la flexibilidad, celeridad, economía y previsibilidad de costes del procedimiento arbitral, c) la efectividad jurídica internacional, opacidad y confidencialidad de los laudos; d) su efecto estabilizador frente a las incertidumbres propias de las relaciones privadas transfronterizas. Entre sus puntos débiles suelen mencionarse: a) las dificultades que se presentan para obtener el consentimiento de todos los interesados en someterse al arbitraje en relaciones con pluralidad de partes (*multi-party arbitration*)⁶; b) el árbitro sigue siendo visto como alguien ajeno a la relación, que puede pacificar el conflicto, pero no solucionarlo de una forma duradera y satisfactoria; c) la falta de fluidez en las relaciones entre arbitraje y la jurisdicción, en temas como la efectividad de las medidas cautelares y provisionales o la incorporación del contenido del laudo a una resolución judicial, con la intención de paralizar la ejecución de otra resolución previa⁷.

Respecto de la mediación, que ha recibido un impulso decisivo con la entrada en vigor de la Convención de Singapur sobre mediación⁸, entre sus virtudes más destacadas se encuentran⁹: a) la mayor disponibilidad de las partes a explorar una posible solución autónoma, antes de someter la cuestión a un tercero ajeno a la relación; b) la formación del mediador como especialista tanto en materias concretas, cuanto en medios de resolución de controversias; c) la celeridad y economía de costes; d) superación de los conceptos de “ganador” y/o “perdedor” de un pleito, por la estrategia “todos ganan” (*win-win*). Y, entre sus inconvenientes: a) la falta de efectividad en caso de negativa de una parte a cumplir lo acordado, b) no tiene en cuenta, necesariamente, el desigual poder negociador de las partes y puede dar lugar a negociar derechos innegociables; c) no contribuye a centrar preventivamente las relaciones conectadas con más de un sistema jurídico, sino que actúa siempre *a posteriori*, una vez la controversia ya ha surgido.

5 Una excelente síntesis de las ventajas del arbitraje puede consultarse en A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 38 a 43; D.P. Fernández Arroyo, “Arbitraje comercial internacional”, Cap. II de la obra colectiva dirigida por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid. Colex, 2006, pp. 43 a 71; y en M.J. Spector y E. Ordway, “International Arbitration”, *L.F.L.R.*, suplemento especial, septiembre de 1991, pp. 3 a 6.

6 K. M. Siig, “Multi-Party Arbitration in International trade: problems and solutions”, https://www.researchgate.net/publication/247835856_Multiparty_arbitration_in_international_trade_problems_and_solutions, consultado el 05.07.2023.

7 Recurso utilizado recientemente por la *London Steam –Ship Owners’ Mutual Association Limited*, aseguradora del tristemente célebre buque *Prestige*, para impedir la efectividad de una resolución condenatoria española en el Reino Unido. El TJUE se ha pronunciado en contra de dicha práctica, en su sentencia de 20 de junio de 2022. *Vid.* STJUE, asunto C700/20, en *Curia*, 20.06.2022.

8 Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacciones internacionales resultantes de la mediación, https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements, consultado el 03.07.2023

9 R. Méndez Silva, “Mediación internacional”, <https://leyderecho.org/mediacion-internacional/> publicado agosto de 2020; H. Soletó Muñoz, M.M. Otero Parga, *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007; UNCITRAL, *Mediación comercial internacional*, <https://uncitral.un.org/texts/mediation>, consultado el 03.07.2023

Partiendo de la apretada síntesis anterior, la pregunta a la que intentan responder estas páginas es: ¿puede una combinación de ambos métodos ayudar a solventar algunas de las deficiencias apuntadas en su funcionamiento aislado y potenciar sus virtudes? Para contestarla, en primer lugar, se analizarán las necesidades específicas del tratamiento de las transacciones comerciales internacionales, desde el punto de vista de la prevención y solución de conflictos (II). A continuación, se estudian los diferentes sistemas combinativos o de hibridación entre arbitraje y mediación presentes en la práctica comercial internacional: *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb* (III). En tercer término, se pasan dichas fórmulas híbridas por el tamiz de su eventual recepción en España (IV). Por último, unas conclusiones procurarán ofrecer un balance final respecto de la virtualidad de estos híbridos entre arbitraje y mediación para contribuir a solucionar las controversias relativas a transacciones comerciales transfronterizas (V).

II. ESPECIALES REQUERIMIENTOS DE LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS OPERACIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS

La conexión de las relaciones comerciales transfronterizas con más de un sistema jurídico plantea especialidades muy a tener en cuenta a la hora de diseñar mecanismos apropiados para la resolución de controversias relativas a las mismas. Especialidades que requieren de los MASC una atención específica a la necesaria ambientación internacional de estas relaciones comerciales. Ello supone tanto dotar a las partes de un marco dotado de la máxima previsibilidad posible; tanto de cara al desarrollo prospectivo de sus legítimas expectativas, evitando la aparición de litigios, cuanto para ofrecer una solución a las diferencias ya surgidas en el seno de una relación comercial transfronteriza.

Un sistema de resolución de controversias verdaderamente atractivo para las partes involucradas en una operación comercial transfronteriza debe tener en cuenta la especialidad irreductible de estas relaciones heterogéneas o relaciones de tráfico externo o relaciones internacionales y ofrecer un tratamiento adecuado a su naturaleza, tanto desde una perspectiva preventiva cuanto desde un punto de vista patológico¹⁰. En efecto, económica, sociológica e intuitivamente, una compraventa de piedra para construcción celebrada o intentada entre una empresa

10 Si bien las denominaciones “relaciones heterogéneas” o “relaciones de tráfico externo” o “relaciones privadas internacionales” o “relaciones comerciales transfronterizas” no son, en puridad de términos, inicuamente intercambiables, puesto que responden a una precisa identificación del objeto del DIPr, aquí se utilizan en un sentido no estricto, sin ánimo ni espacio para entrar en dicha cuestión dogmática central. A.P. Abarca Junco, J.D. González Campos, M. Guzmán Zapater, P.P. Miralles Sangro, E. Pérez Vera, *Derecho Internacional Privado. Vol. I*, Colex, UNED, 5ª ed., p. 113; A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado, Vol. I*, Comares, 18ª edición, Granada, 2018, p. 193; C. Esplugues Mota, J.L. Iglesias Buhigues, G. Palao Moreno, *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 17ª edición, Valencia, p. 226; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 12ª edición, Cizur Menor, Navarra, 2022, p. 139; M. Gómez Jene, M. Guzmán Zapater, M. Herranz Ballesteros, E. Pérez Vera, M. Vargas Gómez-Urrutia, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2021, pp. 42 y ss.; C. Gonzáles Beilfuss y B. Añoveros Terradas, *Introducción al Derecho internacional privado*, Atelier, 1ª ed., Barcelona, 2023; A. López-Tarruella Martínez, *Manual de Derecho internacional privado*, ECU, 4ª edición, Alicante, 2022, p. 120.

vendedora establecida en Vigo (Pontevedra) y un comprador establecido en Pinoso (Alicante) no aparece como informada por una lógica distinta si situamos una frontera entre ambas partes Vigo (Pontevedra) y Oporto (Portugal), pongamos por caso. Pese a las similitudes de todo tipo que se pueden señalar —relación bilateral de intercambio, transferencia de la propiedad del objeto del contrato a cambio de un precio, necesidad de transporte y seguro de la mercancía, etc.— y a lo paradójico de la gran diferencia de distancia entre contratantes en uno y otro caso, no hay que dejarse llevar por las apariencias.

Desde la perspectiva de su correcto tratamiento jurídico no están en relación género (compraventa)/especie (compraventa internacional) sino que se trata de dos especies radicalmente distintas. Mientras la primera de las operaciones agota sus efectos dentro de un marco estrictamente doméstico, la segunda, pese a implicar una distancia geográfica mínima entre los contratantes y situarse en un marco *intra* U.E., sigue presentando las tres incertidumbres estructurales propias de las relaciones privadas transfronterizas.

En primer lugar, la indeterminación acerca de la sede de resolución de controversias. Ante la inexistencia de instancias globales que decidan al margen de los sistemas jurisdiccionales o los mecanismos alternativos que estos amparen y respalden: ¿quién aclarará una eventual diferencia, propondrá una solución a una disputa o dirimirá imperativamente un conflicto?

Despejada la incógnita del “quién”, aparece la cuestión del “cómo”, que tiene que ver con la indeterminación del sistema que se tomará como referencia para solucionar la controversia. ¿Se aplicará un sistema jurídico? Si así es, ¿cuál de todos los potencialmente implicados y/o conectados con la relación dirimirá la diferencia entre las partes? ¿Es posible que se parta de un marco referencial no jurídico, como la equidad, los usos profesionales, los códigos de buena conducta, etc.?

En tercer lugar, inseguridad respecto de la eficacia jurídica de la solución aportada por los sistemas de resolución de controversias a través de las fronteras. ¿Qué eficacia tiene una resolución judicial más allá de los límites territoriales del ejercicio de las facultades jurisdiccionales del órgano juzgador? ¿Qué circulación internacional tienen los laudos arbitrales o las actas de mediación?

Cabría, en fin, plantearse otras interrogantes. Por ejemplo: ¿Ofrecen las plataformas en línea de resolución de controversias —públicas o privadas— un tratamiento más adecuado a las expectativas de las partes en relación con las incertidumbres estructurales antes expuestas? ¿No sería interesante insistir en el necesario desarrollo de órganos especializados, verdaderamente internacionales, al menos en determinados sectores comerciales trasfronterizos? Obviamente, estas últimas preguntas exceden con mucho los límites del trabajo en curso y no serán objeto de tratamiento particular, concentrándose las páginas que siguen en los MASC/ADRS y su relación con la jurisdicción¹¹.

Desde una perspectiva preventiva —aquella tendente a evitar la aparición de conflictos— el designar un mecanismo de resolución de controversias, jurisdiccional o alternativo, contribu-

11 *Vid.* al respecto, M.E. MORÁN GARCÍA, “Una revisión...”, *op. cit.*, p. 160.

ye a despejar o mitigar las irreductibles incertidumbres que afectan a toda relación comercial transfronteriza, pero no lo hacen de la misma manera. La solución jurisdiccional presenta como principal característica el proporcionar una vía siempre transitable, para el caso de que las partes no logren llegar a un acuerdo para habilitar el recurso a un MASC/ADRS. Dicho cauce ofrece más seguridad si los implicados en la controversia, logran un acuerdo para designar un concreto órgano judicial o la jurisdicción de un determinado Estado como competente para solucionar sus eventuales diferencias, recurriendo al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para ello, además del acuerdo de prorrogación de fuero entre las partes, es imprescindible que las normas de competencia judicial internacional del órgano/orden jurisdiccional elegido confieran capacidad vinculante a la voluntad de los litigantes¹².

En caso de que no se cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, los interesados tendrán que realizar un juego de simulación de foro, poniendo en liza a los distintos sistemas de competencia judicial internacional potencialmente vinculados con el asunto. Al margen del supuesto, ciertamente extraño, de que se produzca un “conflicto negativo de jurisdicciones”; es decir, que las partes no encuentren ninguna jurisdicción que asuma competencia para resolver sus diferencias, lo habitual es que se produzca lo contrario. A partir de ahí se abren diferentes opciones tanto respecto del número de sistemas de competencia judicial internacional potencialmente aplicables cuanto de las respuestas ofrecidas por todos o algunos de ellos. Prescindiendo de la aplicación claramente excepcional y restrictiva de los fueros exclusivos¹³, que expresan una vinculación muy fuerte con intereses o valores preponderantes para el Estado que los reclama y establece¹⁴, lo normal es que se planteen opciones, en diferentes sedes, entre el domicilio/residencia habitual del domicilio del demandado —que suele jugar como fuero general¹⁵— y diferentes fueros concurrentes, en función de la materia: *forum executionis*, *forum delicti comissi*, etc.¹⁶ Ello es especialmente delicado desde un punto de vista preventivo, pues impide un adecuado cálculo de los derechos y obligaciones de las partes, impidiendo someter su relación a un marco seguro en cuanto a sus límites, oportunidades y expectativas legítimas:

12 Así, por ejemplo, el art. 25 de Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE núm. L 351*, de 20 de diciembre de 2012 (Reglamento Bruselas I Bis); el art. 23 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, *DOUE núm. L 339*, de 21 de diciembre de 2007 (Convenio de Lugano 2007); el art. 5.1 del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000, *B.O.E. núm. 256*, de 25 de octubre de 2001 (Convenio España-El Salvador); art. 22 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *B.O.E. núm. 157*, de 2 de julio de 1985 (LOPJ).

13 Art. 24 del Reglamento Bruselas I Bis, art. 22 del Convenio de Lugano 2007, art. 3 del Convenio España-El Salvador, art. 22 de la LOPJ.

14 D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *R. des C. t.* 323, 2006, pp. 9 a 260.

15 Art. 4 del Reglamento Bruselas I Bis, art. 2 del Convenio de Lugano 2007, art. 2 del Convenio España-El Salvador; art. 22 ter 1 de la LOPJ.

16 Arts. 7.1 y 7.2 del Reglamento Bruselas I Bis, arts. 5.1 y 5.3 del Convenio de Lugano 2007, arts. 4.1 y 4.3 del Convenio España-El Salvador, arts. 22 quinquies a y b de la LOPJ.

si la cuestión del sistema competente no está resuelta, es imposible despejar la incógnita respecto de las reglas que han de resolver el litigio.

Desde la perspectiva patológica, que es la que habrá que adoptar una vez surgida la controversia, la multiplicación de fueros, consustancial al carácter internacional de la relación, dificulta igualmente la previsibilidad de las partes respecto, no sólo de la concreta sede de resolución de controversias —¿Dónde puedo o debo demandar o ser demandado?—, sino también del régimen jurídico aplicable para solucionar la disputa, que dependerá de las normas de derecho aplicable del sistema de DIPr del órgano juzgador. Ello supone, en la inmensa mayoría de los casos, el activar las normas de conflicto del foro, que acabarán por señalar un derecho estatal como aplicable, incurriendo en la paradoja de tratar los problemas generados por una relación transfronteriza con un instrumental pensado para relaciones domésticas. Sería como si un adiestrador de animales aplicase la pericia y cautelas del entrenamiento con perros a la doma de grandes felinos. Ejemplo puede que burdo, pero que nos sirve para enlazar con el otro requisito que un buen MASC/ADRS debería cumplir: ofrecer a las relaciones comerciales transfronterizas una ambientación verdaderamente internacional.

A este respecto, pocas dudas caben en relación con la ventaja de sistemas como el arbitraje comercial internacional o la mediación comercial transfronteriza. Los jueces y tribunales estatales están sujetos al imperio de la ley y a un determinado sistema de fuentes. En DIPr, ello suele conducir a la reducción de la consideración de la internacionalidad de las relaciones que constituyen su objeto a la aplicación del método indirecto de regulación, abriendo con mayor o menor generosidad la posibilidad de aplicar un derecho distinto de la *lex fori*. Y, simplificando, eso es todo: nada más, nada menos. Por supuesto que no todas las normas del sector del derecho aplicable son normas de conflicto, pero siguen siendo el paradigma normativo del DIPr, al menos entendido en sentido clásico¹⁷. El mecanismo continúa poseyendo una sencillez perversa y fascinante por su economía: la internacionalidad se toma como detonante de la potencial aplicación por parte de jueces de un Estado, del Derecho de otro Estado. ¿Para qué inventar algo tan sofisticadamente insólito? Pues para garantizar, en la medida en que en este mundo existen garantías de algo, la buena recepción de la decisión adoptada en el foro, allende las fronteras del juzgador.

Liberados de estas servidumbres, árbitros y mediadores pueden servir mucho más eficazmente a situar a las relaciones comerciales transfronterizas en un ecosistema favorable a su correcto desenvolvimiento. Ahora bien, la solución arbitral posee, desde el punto de vista preventivo, una ventaja notable: permite estabilizar la relación privada internacional, despejando las in-

17 Vid. A.P. ABARCA JUNCO, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, M. GUZMÁN ZAPATER, P.P. MIRALLES SANGRO, E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado. Vol. I*, Colex, UNED, 5ª ed., p. 113; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Vol. I*, Comares, 18ª edición, Granada, 2018, p. 193; C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 16ª edición, Valencia, p. 226; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 12ª edición, Cizur Menor, Navarra, 2022, p. 139; M. GÓMEZ JENE, M. GUZMÁN ZAPATER, M. HERRANZ BALLESTEROS, E. PÉREZ VERA, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2021, p. 251; C. González Beilfuss, *Introducción al Derecho internacional privado*, 1ª ed., Atelier, Barcelona, 2023; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Manual de Derecho internacional privado*, ECU, 4ª edición, Alicante, 2022, p. 120.

certidumbres que le son propias, con tan sólo indicar el sistema de referencia que los árbitros han de aplicar y teniendo en cuenta la gran circulación internacional de los laudos arbitrales lograda por el Convenio de Nueva York de 1958¹⁸. Por el contrario, la mediación se sitúa siempre en un plano patológico: la diferencia ya ha surgido y ahora se trata de procurar que las partes lleguen a un acuerdo que la solucione según el consabido principio *win-win*. En esta superación de la dinámica que enfrenta a vencedor y vencido, la mediación posee una ventaja indudable en el adecuado tratamiento de las diferencias relativas a negocios internacionales, donde el mantenimiento de las relaciones comerciales es un valor que cotiza muy alto. Al procurar que las soluciones provengan de las propias partes interesadas, es mucho más probable salvar la continuidad del negocio, si éste realmente merece la pena.

De todo lo expuesto hasta ahora, parece claro que un *MASC/ADRS* que resulte de la combinación del arbitraje y la mediación, puede configurar un sistema que se beneficie de las ventajas que cada uno ofrecen por separado y redunden en una adecuada cobertura de sus deficiencias. A partir de ahí, cabe analizar, por un lado, las distintas fórmulas ensayadas y puestas en práctica en diferentes ámbitos privados e institucionales —*Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*— y, por otro, reflexionar en torno a la validez y recepción de estos mecanismos híbridos en nuestro sistema jurídico.

III. MECANISMOS HÍBRIDOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS: *MED-ARB*, *ARB-MED*, *ARB-MED-ARB*

Desde hace al menos un par de décadas, instituciones de gran predicamento y originarias de muy diferentes ámbitos geográficos y sectoriales —Centro Internacional para la Resolución de Disputas (*ICDR*)¹⁹, la Cámara de Comercio Internacional, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong²⁰ (*HKIAC*), el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (*SIAC*)²¹ o la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China (*CIETAC*)²²— han venido señalando las ventajas de la hibridación de *MASC/ADRS* como el arbitraje y la mediación. En el contexto comercial transfronterizo, contar con lo mejor de ambos mundos, puede prestar un gran servicio a una eficiente solución de controversias. A continuación, se pasa revista a las tres fórmulas desarrolladas con más éxito: *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*.

1. *MED-ARB*: procedimiento híbrido bifásico entre mediación y arbitraje.

Abreviatura de “mediación-arbitraje”, el sistema *Med-Arb* es un híbrido que combina, de forma sucesiva y condicionada, ambos mecanismos de cara a la resolución de una controversia

18 Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, *BOE* núm. 164, de 11 de julio de 1977, corrección de errores en *BOE* núm. 249, de 17 de octubre de 1986.

19 <https://www.icdr.org>

20 <https://www.hkiac.org>

21 <https://www.siac.org>

22 <https://conventuslaw.com/report/singapore-med-arb-arb-med-and-the-arb-med-arb/> visitado 05.05.2022

comercial transfronteriza²³. Inicialmente, las partes intentan resolver sus disputas a través de la mediación y, de no alcanzar un acuerdo respecto de la totalidad o de algún extremo particular de la diferencia en esta fase inicial, se someterá el asunto o asuntos restantes a la decisión definitiva de un órgano arbitral²⁴. De esta forma, el mecanismo híbrido permite potenciar al máximo las virtudes de cada uno de sus componentes, al tiempo que su utilización potencialmente sucesiva, posibilita eludir las limitaciones de cada método por separado. Así, al acudir necesariamente en primera fase a la mediación, las partes pueden aprovechar las ventajas de esta; en particular, la perspectiva autocompositiva, en un esquema donde no hay vencedores ni vencidos: *win-win*.

Pero, como ya se expuso anteriormente, al analizar las ventajas y desventajas de arbitraje y mediación por separado, la mediación no ofrece el efecto estabilizador que el sometimiento de la cuestión al arbitraje proporciona y que es tan positivo para la gestión de los riesgos jurídicos de la internacionalización de la relación. Así diseñado, el MASC/ADRS híbrido *Med-Arb* ha sido probado con notable aceptación y éxito, tanto en la resolución de controversias relativas a la aplicación del *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura* (TIRFAA)²⁵ cuanto en el Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI²⁶.

En su fórmula original, las funciones de mediador (primera fase) y árbitro (segunda fase, condicionada al fracaso total o parcial de la primera) recaen en la misma persona, a la que suele denominarse como “*med-árbitro*”. Y aquí radica uno de sus principales problemas. Por un lado, las partes podrían tener sus reservas a la hora de revelar toda la información relevante a un mediador que puede devenir árbitro. En segundo término, no faltan sistemas jurídicos, como es el caso del español, que prohíben que una misma persona reúna las condiciones de mediador y árbitro en un mismo asunto (art. 17.4 Ley 60/2003, de arbitraje)²⁷; o que posibilitan solicitar la anulación del eventual laudo arbitral, alegando la contaminación que, para la necesaria imparcialidad del árbitro, supone el haber tenido conocimiento de ciertos extremos de la disputa en la fase de mediación²⁸. Por último, en fin, según la Ley de Arbitraje de la República Popular China, toda información confidencial revelada al *Med-Arb* se tiene que presentar igualmente a la otra parte²⁹.

23 E.S. CUELLAR TIJERINA, *La cláusula med-arb en la actualidad*, Universidad Pompeu Fabra, 2016, <https://tesisred.net/browse?value=Cu%C3%A9llar+Tijerina%2C+Ervey+Sergio&type=author&locale-attribute=es>

24 <https://www.abogado.com/recursos/resolucion-alternativa-del-conflicto/qu-es-med-arb-y-por-qu-usarlo.html>, consultado el 02.07.2023

25 *Vid.* <http://www.fao.org/ag/CGRFA/Spanish/itpgr.htm>, visitado 02.07.2023

26 <http://www.wipo.int/amc/es/center>, visitado el 02.07.2023

27 Art. 17.4: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre estas. Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, *BOE* núm. 1221, de 21.05.2011. El texto reformado es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, *BOE* núm. 309, de 26.12.2003.

28 L. LOZANO CORREA, “¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, núm. 10, segundo semestre, 2012.

29 <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/6598>

Resulta claro que existe el riesgo de que el mediador-árbitro pueda ver condicionada o contaminada su imparcialidad, al adquirir, en fase de mediación, información relevante acerca de las motivaciones, intereses, fortalezas y debilidades de las posiciones de las partes. Información que éstas pueden suministrarle en aras de alcanzar un acuerdo realista y efectivo y que, muy rara vez, serían suministrados con la misma confianza a quien ha de pronunciar un laudo vinculante sobre el fondo del asunto. Cierto es que el *med-árbitro* puede ignorar la información obtenida como mediador —al igual que un juez o un jurado no deben tener en cuenta los frutos del árbol envenenado— pero ello no resulta demasiado tranquilizador para las partes, que han de confiar en el proceder personal del profesional, sin más garantías que su palabra y prestigio.

Para evitar estos escollos se han encontrado diferentes mecanismos. A continuación, se exponen distintos desarrollos propuestos por la práctica³⁰.

- a) *Med-Arb* con diferente tercero, en el que las figuras de mediador y eventual árbitro recaen en diferentes personas, de modo que se desactiven las prohibiciones legales o reservas de los diferentes códigos de conducta profesionales al respecto.
- b) “*Med-Arb* plenario” o sometimiento de las cuestiones no resueltas a un centro o institución de resolución de controversias neutral, obteniendo el mismo resultado que en el anterior sistema, pero incurriendo en mayores costes³¹.
- c) “Mediación con arbitraje de oferta final” (“*MEDALOA*”); cada una de las partes formula una propuesta propia de solución del conflicto, quedando sometidas ambas ofertas al examen de un tercero imparcial, quien elegirá una de las dos, decidiendo el litigio según su criterio imparcial.
- d) Introducir un código ético que guíe a los *Med-Arb* en el manejo de la información confidencial obtenida en sesiones privadas. No contribuye en demasía a resolver la situación de partida. Lo único que añade a la confianza de las partes en la palabra del profesional es el propio prestigio de la institución que elabora los códigos de conducta.
- e) *Med-Arb* con opción de retirada, es aquel sistema que posibilita a las partes renunciar al arbitraje si la mediación fracasa, evitando los perjuicios y dilaciones que se derivarían de una negativa imprevista al sometimiento a la fase arbitral.
- f) Utilización del sistema *Arb-Med*, como reverso del *Med-Arb* que permite un manejo incontaminado de la información por parte del árbitro y el posterior sometimiento de la cuestión a la mediación, quedando el laudo en suspenso y oculto para las partes. De esta última opción nos ocuparemos con más detenimiento, a continuación.

En cuanto a los obstáculos jurídicos que condicionarían la validez de los sistemas híbridos en nuestro derecho, emplazo al lector al apartado de este trabajo en el que se trata la recepción de los sistemas *Arb-Med*, *Med-Arb* y *Arb-Med-Arb* en el sistema jurídico español (IV).

30 M. LALAGUNA, “MED-ARB, ARB-MED y variantes: una alternativa a los ADR tradicionales”, post publicado en <https://cms.law>, octubre de 2020, visitado 02.07.2023

31 CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION, “Hybrid ADR mechanisms”, *CEDIREs*, <http://cedires.com/hybrid-adr-mechanisms>, visitado 08.07.2023

2. ARB-MED, combinación sucesiva de arbitraje y mediación.

El *Arb-Med*, combinación sucesiva de arbitraje y mediación como mecanismo de resolución de controversias relativas a transacciones comerciales transfronterizas, viene a ser el reverso del *Med-Arb*. En este método, quizás el menos conocido de los híbridos, se celebra el arbitraje ante un tercero especializado y neutral y si las partes llegan a un acuerdo voluntario el árbitro nunca revelará el contenido del laudo arbitral; sin embargo, si las partes son incapaces de alcanzar un acuerdo de mediación, revelará el laudo que tendrá carácter vinculante. En ningún caso cabría que el “*med-árbitro*” cambie o modifique el laudo inicialmente redactado, basándose en los conocimientos adquiridos, a posteriori durante la fase de mediación³².

El sistema permite así circunvalar el escollo derivado del posible uso indebido de la información confidencial obtenida en una fase previa a la realmente decisoria. Se han manifestado ciertas reticencias a este método de hibridación, ante la posibilidad de que la parte que intuye ha sido “derrotada” en fase arbitral, desautorice o dificulte en extremo el subsiguiente paso a la mediación. No obstante, dadas las circunstancias en las que las partes han evaluado las ventajas y desventajas de recurrir a un MASC/ADRS híbrido, no existen razones para que la actuación de un tercero neutral en calidad de árbitro pueda contribuir a una gestión más eficaz de la resolución de la controversia en sede de mediación³³.

3. ARB-MED-ARB, sistema multifásico de resolución de controversias.

También conocido como *AMA*, es un sistema multifásico de resolución de controversias, de propiedades y características muy adecuadas al ámbito de las transacciones comerciales transfronterizas. Se le suele considerar como una categoría o evolución del *Arb-Med*, antes analizado, desarrollada de forma institucional y coordinada por las respectivas cortes de Mediación y Arbitraje de Singapur o por la Cámara de Comercio de Austria³⁴. El mecanismo es el siguiente: una de las partes presenta una solicitud de arbitraje y, una vez constituido el tribunal, se suspende el arbitraje y se remite el asunto a mediación. Caso de que ésta no ofrezca un resultado satisfactorio para ambas partes, la diferencia se resolverá en sede arbitral. En esta modalidad, el árbitro (o tribunal arbitral) y el mediador (o mediadores) son personas diferentes y se establece un límite temporal a la mediación para evitar dilaciones³⁵.

32 K. SHONK, “What is Med-Arb?”, en blog *Program On Negotiation, Harvard Law School*, 14.03.2022, <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/what-is-med-arb/>, visitado 08.07.2023

33 L. LOZANO CORREA, “¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, núm. 10, segundo semestre, 2012.

34 En noviembre de 2014, el Centro de Mediación Internacional de Singapur (*The Singapore International Mediation Centre*, SIMC) y Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (“*Singapore International Arbitration Centre*”, SIAC) establecieron el protocolo “AMA”, para desarrollar un híbrido Arb-Med-Arb. Otras instituciones, como la Cámara de Comercio de Austria, han publicado una cláusula modelo al efecto de facilitar a las partes su sometimiento al Arb-Med-Arb. <https://conventuslaw.com/report/singapore-med-arb-arb-med-and-the-arb-med-arb/> visitado el 02.07.2023

35 M. LALAGUNA HOLZWARTH, “ADR híbridos, en especial, ARB-MED-ARB: una forma muy prometedora de emparejar a la mediación y el arbitraje”, <https://www.legaltoday.com/revista-aja/973/articulos/12/index.html>, consultado el 02.07.2023

IV. REGULACIÓN Y RECEPCIÓN DE LOS MÉTODOS HÍBRIDOS ARBITRAJE/MEDIACIÓN EN ESPAÑA

En España no es frecuente la utilización de los métodos híbridos para la resolución de controversias sin que, en principio y aparentemente, existan obstáculos jurídicos insalvables en nuestra legislación que pudieran explicar tan escaso empleo de estos MASC/ARDS. Hay que partir del hecho de que arbitraje y mediación tienen sus propias normas reguladoras —Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje³⁶ y Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁷— sin que exista una regulación específica de los híbridos que combinan ambos métodos. La única prescripción aplicable a la hibridación está prevista en el artículo 17.4 de la Ley de Arbitraje, que prohíbe el desempeño de la función de árbitro a aquellas personas que hayan actuado previamente como mediadores en el mismo conflicto, entre las mismas personas.

Una interpretación acorde con el impulso que se pretende dar a los MASC/ARDS en la U.E. y en nuestro país pasa por concluir que el legislador deja abierta la posibilidad del recurso a la autonomía de la voluntad, para que las partes puedan establecer cláusulas que conduzcan a la aplicación combinada de arbitraje y mediación. En esa tarea cautelar, hay que tener en cuenta el posible recurso a las denominadas “cláusulas escalonadas” (1.), la utilización de las cláusulas tipo elaboradas por las instituciones arbitrales y de mediación nacionales —Corte Española de Arbitraje, Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio Industria y Servicios de Madrid, el Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos (CEDR) del Reino Unido; Asociación Europea de arbitraje³⁸— y las prescripciones de los reglamentos de la CNUDMI y de la CCI al respecto (3.)³⁹.

1. Las cláusulas escalonadas y los mecanismos de hibridación entre arbitraje y mediación

Como se ha establecido antes, el legislador español abre la puerta a la autonomía de las partes, a la hora de eliminar el peligro de la pérdida de imparcialidad del árbitro por actuar previamente en calidad de mediador. A este respecto, no son pocos los especialistas que señalan la utilización de lo que en la práctica forense se denominan *cláusulas escalonadas* (*multi-tiered clauses* o *multi-step clauses*), como medio para hibridar mediación y arbitraje⁴⁰. Este tipo de cláusulas permiten

36 BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003. Hay que tener en cuenta la reforma operada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado, BOE de 21 de mayo de 2011.

37 BOE. núm. 162, de 7 de julio de 2012.

38 J.M. BAENA GIMÉNEZ, “La aplicación en España de med-arb, arb-med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales”, *LinkedIn*, 6 de diciembre de 2021, en <https://es.linkedin.com>, consultado el 09.07.2023

39 L. LOZANO CORREA, “¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, núm. 10, segundo semestre, 2012.

40 R. ALBA, “Cláusulas escalonadas: una opción a considerar en la resolución de disputas”, *Vega Guerrero y Asociados*, abril de 2023, en <https://vegaguerrero.com/resolucion-de-conflictos/clausulas-escalonadas-una-opcion-a-considerar-en-la-resolucion-de-disputas/>; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Cláusulas escalonadas

que las partes involucradas en un contrato establezcan un sistema de resolución de controversias por etapas, que parte de una fase inicial que consta de uno o varios MASC/ADRS —como la negociación o la mediación— y culmina, en caso de que el conflicto no quede resuelto en esta fase primera, con la decisión vinculante y definitiva de un órgano arbitral.

A mi modo de ver, no obstante, existe una diferencia clara entre ese recurso, al que cabría acudir para evitar la prohibición del mencionado art. 17.4 de la Ley de Arbitraje, y los mecanismos *Med-Arb*, *Arb-Med* y *Arb-Med-Arb* que estamos analizando. En primer lugar, mientras que en las cláusulas escalonadas las partes pactan diferentes procedimientos autónomos con la intervención de un tercero independiente, en las cláusulas que contemplan métodos de hibridación, existiría un único procedimiento con diferentes etapas en el que, por lo general, interviene un mismo tercero; salvo las variantes ya citadas, en las que se acuerda que el árbitro y el mediador sean personas distintas⁴¹. La trascendencia de este matiz diferencial resulta evidente si una de las partes no respeta el procedimiento escalonado o si la redacción de la cláusula es poco clara o ambigua respecto de los diferentes pasos y el carácter imperativo o no de los mismos. De ahí que, por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana aluda con especial énfasis al concepto de *definiteness* o precisión de los términos en que están redactadas las cláusulas escalonadas. Para que éstas sean efectivas, es necesario que dichos términos “...estén redactados de forma clara y expresa.”⁴².

La consulta a las cláusulas escalonadas modelo que proponen las principales cortes de arbitraje resulta especialmente indicada para soslayar estos y otros inconvenientes. En primer lugar, las dudas respecto del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en caso de que una de las partes no siga el procedimiento previsto en la cláusula escalonada. En segundo término, las consecuencias de la imposibilidad de que una de las partes respete el mecanismo pactado, debido a la solicitud de medidas cautelares a un órgano jurisdiccional cuyo ordenamiento jurídico obliga a dar comienzo al arbitraje en un plazo perentorio muy corto. A la exposición y análisis de dichas cláusulas modelo y de sus implicaciones para el desarrollo de los mecanismos de hibridación entre arbitraje y mediación se dedican las siguientes líneas.

2. Cláusulas tipo elaboradas por las instituciones arbitrales y de mediación

Por el momento, la implementación de los métodos híbridos de *Med-Arb*, *Arb-Med* y *Arb-Med-Arb* en España es más bien escasa y se instrumenta básicamente a través de las denomi-

multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, n.º 1, marzo 2017, pp. 99 a 124; J. IGLESIAS, “Cláusulas escalonadas: los pros y los contras de este método alternativo de resolución de disputas”, en *Newsletter Arbitraje Internacional*, julio de 2018, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-pros-contras-este-metodo-alternativo-resolucion-disputas

41 En el mismo sentido, A. I. COBO ORDÓÑEZ, “Med-Arb, Arb-Med y Arb-Med-Arb a la luz de la legislación ecuatoriana”, *USFQ Law Review*, Vol. 5, n.º 1, agosto de 2018.

42 R. BERNAL GUTIÉRREZ, “Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 5, n.º 1, 2012, pp. 169 a 203; https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13065/1/Clausulas_Bernal_et_al_Arbitraje_2012.pdf consultado el 07.07.2023

nadas “cláusulas escalonadas”. La instrumentación jurídica de estas cláusulas resulta especialmente delicada, por lo que el recurso a las cláusulas tipo propuestas por instituciones de arbitraje y mediación de muy distinto origen resulta particularmente indicado. A continuación, se exponen, en primer lugar, las cláusulas escalonadas modelo propuestas por instituciones nacionales (A), así como las iniciativas instituciones internacionales (B.) como el Centro Internacional de Resolución de Controversias (CIRD), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI/UNCITRAL), la Cámara de Comercio Internacional (CCI/ICC) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI/WIPO).

A. INSTITUCIONES NACIONALES

En este apartado se exponen las cláusulas escalonadas modelo propuestas por instituciones nacionales como la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio Industria y Servicios de Madrid (*a.*), la Asociación Europea de Arbitraje (*b.*), el Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos del Reino Unido (*c.*), el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (*d.*), o el Centro Internacional de Resolución de Disputas, división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (CIRD) (*e.*). Su análisis crítico permitirá tanto ejemplificar las técnicas de redacción de los acuerdos de hibridación concluidos entre las partes, cuanto poner de manifiesto ciertas debilidades o puntos oscuros que deben evitarse sino se quiere frustrar un buen acuerdo por una deficiente instrumentación jurídica.

a. Cámara Oficial de Comercio Industria y Servicios de Madrid

El Centro de Mediación Empresarial de la Cámara de Comercio de Madrid propone la siguiente redacción, ejemplo de actividad jurídica cautelar, para escalar mediación y arbitraje⁴³:

“Para la solución de cuantas controversias pudieran derivarse del presente contrato o estuvieran con él relacionadas, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, ejecución o terminación, las partes acuerdan y se comprometen a someterlas al Centro de Mediación Empresarial de Madrid de la Cámara Comercio de Madrid, conforme a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación, por un mediador nombrado conforme al mismo”.

Opcionalmente, las partes pueden adaptar la cláusula a las circunstancias particulares del asunto litigioso, de acuerdo con el principio de máxima flexibilidad del arbitraje y la mediación, introduciendo algunas o todas de las siguientes prescripciones:

- *Las partes podrán optar por más de un mediador.*
- *El lugar de celebración del procedimiento será [...].*
- *El idioma del procedimiento será [...].*

43 <https://www.camaramadrid.es/documents/20182/173436/CI%C3%A1usula+escalonada+de+sometimiento+a+mediaci%C3%B3n+y+arbitraje.pdf/f26e5837-de81-455d-a992-4ed13494c5c9>

“A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los 60 días siguientes a contar desde la admisión a trámite por el Centro de la solicitud de mediación, o al vencimiento de otro plazo que así hubiera sido estipulado expresamente por las partes (ver opciones a continuación), tales controversias serán resueltas definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid de acuerdo a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será resuelto por árbitro único (ver opciones a continuación)”.

Opcionalmente las partes pueden introducir algunas o todas de las siguientes cláusulas particulares:

- *Las partes podrán pactar un plazo mayor o menor de 60 días para la mediación.*
- *Las partes podrán optar por un tribunal arbitral formado por tres árbitros.*
- *La sede del arbitraje será [..., ...].*
- *El idioma del arbitraje será el [...]*

A mi modo de ver, la redacción de esta cláusula escalonada no es del todo adecuada para incorporar a nuestra práctica los métodos híbridos *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*, tal y como son concebidos en los ámbitos en los que nacieron y son utilizados con mayor frecuencia. Las referencias por separado a la mediación y al arbitraje, haciendo hincapié en su desarrollo puntual conforme a la reglamentación institucional —bien en el momento del sometimiento al Centro de Mediación de la Cámara, bien o en el de la solicitud de arbitraje— puede contribuir a dar la impresión de que se trata de procedimientos separados, en los que intervendrán distintos especialistas para buscar un acercamiento entre las partes o, fracasado el mecanismo inicial, zanjar la controversia en sede arbitral. No queda claro si el paso previo por la mediación es obligatorio o facultativo y las consecuencias que de ahí se derivan para la eventual sumisión de la controversia al arbitraje. Desde una perspectiva estrictamente contractual, podría considerarse que el paso obligado por la mediación es condición previa para la habilitación del árbitro o tribunal arbitral. De ahí que, si tal condición no se cumple, el arbitraje no podría tener lugar. Por contra, desde una perspectiva jurisprudencial más vinculada a la institucionalidad y el principio “pro-arbitraje”⁴⁴, se sostiene que estaríamos ante un problema de admisibilidad de la demanda y que esa es una cuestión que el propio tribunal arbitral debe resolver antes de asumir competencia (*kompetenz-kompetenz*)⁴⁵.

b. Asociación Europea de Arbitraje (AEA).

La Asociación Europea de Arbitraje propone la siguiente cláusula escalonada, específicamente pensada, según la propia institución, para el sistema *Med-Arb*⁴⁶:

44 *Vid.* sentencia de 8 de octubre de 2021, *NWA and others v. NVF and others* [2021] EWHC 2666 (Comm), the Commercial Court (Calver J), <https://selbornechambers.co.uk/nwa-v-nvf-2021-ewhc-2666-comm-breach-of-an-adr-condition-precedent-to-arbitration-does-not-affect-an-arbitral-tribunals-jurisdiction/>

45 J.N. RINASCENTE VARGAS, “Incumplimiento de las cláusulas escalonadas: falta de jurisdicción o admisibilidad”, <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2023/01/BIAM-I-EDICION-Incumplimiento-de-las-clausulas-escalonadas.pdf>; visitado el 07.07.2023

46 *Vid.* <https://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/clausula-arbitral/> visitado 08.07.2023

“Las eventuales controversias derivadas de la formación, interpretación, o ejecución, validez, existencia y terminación del presente acuerdo serán sometidas a mediación administrada por el Centro de Mediación y Solución de Conflictos, Cemed, el cual realizará la labor encomendada a través de los mediadores a tal efecto designados, todo ello de conformidad con sus Estatutos y Normas Internas, a los que las partes se acogen. La información y documentación suministrada por las partes en el proceso de mediación será absolutamente confidencial, conforme a lo establecido en la Ley.

En caso de concluir la mediación sin acuerdo respecto de la(s) controversia(s) en cuestión o en caso de que ésta se prolongue más de 15 días, salvo acuerdo expreso y por escrito de las partes de prolongar dicha mediación la(s) controversia(s) no resuelta(s) será(n) resuelta(s) definitivamente mediante arbitraje [de Derecho / equidad], administrado por la Asociación Europea de Arbitraje, de conformidad con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [un único / tres] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país]...”.

Aunque la AEA presenta la cláusula antes referida como recomendada para el sistema *Med-Arb*, siguen sin aclararse determinados extremos de importancia funcional. En primer lugar, nada se prescribe respecto de si hay que considerar que las partes pactaron que las etapas previas han de ser de previo agotamiento obligatorio, de modo que no se podrá iniciar el arbitraje hasta que se haya agotado la vía de la conciliación.

En segundo término, tampoco se aclara si pueden simultanearse ambos mecanismos o prescindir de la mediación y acudir directamente al arbitraje. Esta última opción, en la práctica, resulta muy fácil de ejercitar: basta con que una de las partes rehúse llegar a cualquier acuerdo conciliatorio o que el propio mediador acabe por concluir que la mediación resulta imposible⁴⁷. Correctivos como la buena fe o la doctrina de los actos propios, por pertinentes que resulten en sede teórica, no siempre se cohonestan con la necesaria agilidad de los MASC/ADRS en el contexto de la resolución de controversias relativas a relaciones comerciales transfronterizas.

c. Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos del Reino Unido

El Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos (CEDR) del Reino Unido propone una cláusula escalonada compleja, que va más allá del recurso sucesivo a la mediación y el arbitraje en el proceso de hibridación de MASC/ADRS⁴⁸:

‘If any dispute arises in connection with this agreement, a director [or other senior representatives of the parties with authority to settle the dispute] will, within 14 days (salvo que las partes acuerden otra cosa) of a written request from one party to the other, meet in a good faith effort to resolve the dispute.

If the dispute is not wholly resolved at that meeting, the parties agree to enter into mediation in good faith to settle such a dispute and will do so in accordance with the CEDR

47 Art. 22 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, *B.O.E.* núm. 162, de 7 de julio de 2012.

48 *Vid.* CEDR, “Model ADR Clauses for Commercial Contracts”, 2020 Edition, en <https://www.cedr.com>

Model Mediation Procedure. Unless otherwise agreed between the parties within 14 (salvo que las partes dispongan otra cosa) days of notice of the dispute, the mediator will be nominated by CEDR. To initiate the mediation a party must give notice in writing ('ADR Notice') to the other party[ies] to the dispute, referring the dispute to mediation. A copy of the referral should be sent to CEDR.

[If there is any point on the logistical arrangements of the mediation, other than the nomination of the mediator, upon which the parties cannot agree within 14 days (salvo que las partes dispongan otra cosa) from the date of the ADR Notice, where appropriate, in conjunction with the mediator, CEDR will be requested to decide that point for the parties having consulted with them.]

Unless otherwise agreed, the mediation will start not later than 28 days (salvo que las partes dispongan otra cosa) after the date of the ADR Notice.'

Como se acaba de exponer, la cláusula propuesta por el CEDR va más allá de la hibridación entre mediación y arbitraje, al incluir un estadio o fase previa, en el que las partes se comprometen a buscar una solución amistosa a sus diferencias, mediante la negociación o auto-composición. Esta llamada previa a la negociación de buena fe es reflejo de la tendencia a la “espiritualización del Derecho”, especialmente acusada en los negocios internacionales⁴⁹. El empleo de este tipo de cláusulas es muy frecuente en el sector de la construcción y, a cambio de esta especialización, incurre en una complejidad cuyo balance costes/beneficios resulta posiblemente muy deficitario desde la perspectiva general de hibridación los MASC/ADRS que aquí se considera.

d. *Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (Singapore International Arbitration Center, SIAC)*

El SIAC pasa por ser uno de los más decididos impulsores —cuando no, creadores— de la hibridación entre mediación y arbitraje. La cláusula propuesta por esta institución es un ejemplo del denominado “Protocolo AMA”, desarrollado por el instituto de Singapur⁵⁰:

“All disputes, controversies or differences (“Dispute”) arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration in Singapore in accordance with the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC”) for the time being in force. The parties further agree that following the commencement of arbitration, they will attempt in good faith to resolve the Dispute through mediation at the Singapore International Mediation Centre (“SIMC”), in accordance with the SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol for the time being in force. Any settlement reached in

49 *Vid.*, por ejemplo, las llamadas a la buena fe y la adopción de las “medidas que sean razonables” en los arts. 7, 8, 85 y 86 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el día once de abril de mil novecientos ochenta. (*B.O.E.* núm. 26, de 30 de enero de 1991).

50 *Vid.* <https://conventuslaw.com/report/singapore-med-arb-arb-med-and-the-arb-med-arb/> 29 de febrero de 2016, visitado 08.07.2023

the course of the mediation shall be referred to the arbitral tribunal appointed by SIAC and may be made a consent award on agreed terms”.

La cláusula está especialmente pensada para el mecanismo *Arb-Med-Arb* y presenta la ventaja de su sencillez, aunque, a mi juicio, las diferencias de construcción gramatical de las diferentes tradiciones y lenguas pueden dar lugar a confusión respecto del escaso protagonismo que parece concederse a la regulación del arbitraje. Lo parco de tales referencias tiene como motivo de explicación la referencia al arbitraje institucional del *SIAC*, donde se regulan cuestiones particulares, que suelen estar presentes en otras propuestas de cláusulas escalonadas, como el número de árbitros y mediadores, la sede del arbitraje, el idioma de procedimiento, etc.

e. *Modelo de cláusula escalonada propuesta por el Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD)*

El CIRD, división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”), ha propuesto una cláusula escalonada que puede servir para instrumentar válidamente un mecanismo híbrido entre mediación y arbitraje, desde la perspectiva de las dificultades impuestas por nuestra Ley de Arbitraje⁵¹:

“En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes acuerdan primero tratar de solucionar dicha controversia mediante mediación administrada por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Mediación Internacional. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional”.

La redacción de la cláusula, aparte de su elegante sencillez, posee la virtud de, con una simplicidad que resulta de agradecer, incluye el adverbio “primero”, como clara indicación del necesario respeto al escalonamiento de los mecanismos. Sencillez, que, lógicamente, hace que precise de las necesarias adaptaciones al caso concreto —eventual reducción de plazos, determinación de la sede del arbitraje, número de conciliadores y árbitros, idioma de procedimiento, etc.— que no desvirtúen en absoluto su balance favorable de cara a su utilización para hibridar arbitraje y mediación.

B. PRESCRIPCIONES Y CLÁUSULAS ESCALONADAS PROPUESTAS POR INSTITUCIONES INTERNACIONALES

Distintas instituciones protagonistas del tráfico comercial transfronterizo, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), la

51 *Vid.* <https://www.icdr.org>

Cámara de Comercio Internacional (CCI/ICC), o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI/WIPO) han incorporado en sus reglamentos y leyes modelos prescripciones relativas a las relaciones entre distintos MASC/ADRS y su hibridación.

a. *La hibridación entre arbitraje y mediación en el reglamento de la CNUDMI/UNCITRAL de 2021*

En su art. 12.1, el Reglamento de la CNUDMI 2021⁵² establece que:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el mediador no actuará como árbitro en la controversia que haya sido o sea objeto de la mediación ni en una controversia derivada del mismo contrato o relación jurídica o de un contrato o relación jurídica conexos.”

En el mismo sentido se pronuncia el art. 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018⁵³:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el mediador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento de mediación ni en otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos.”

Como es lógico, dada la inspiración de nuestra legislación de arbitraje y mediación en los textos internacionales, el precepto recuerda a las cautelas adoptadas por el art. 17.4 de la Ley de Arbitraje, respecto de los principios de neutralidad y confidencialidad y abre la posibilidad de la hibridación de MASC/ADRS sólo si las partes expresamente consienten en su uso combinado⁵⁴. La Ley Modelo establece así una regla supletoria que cede ante la autonomía de los interesados: el acuerdo entre las partes y el mediador puede dejar sin efecto cualquier limitación, incluso cuando la cuestión esté sujeta a normas establecidas en códigos de conducta. En cualquier caso, para mantener la confidencialidad, la institución recomienda a las partes que concluyan un acuerdo confidencial que prohíba la introducción en la fase arbitral de toda información revelada o desarrollada durante el proceso previo de conciliación. En el mismo sentido, como ya se ha señalado, según la Ley de Arbitraje de la República Popular China toda información confidencial revelada al *Med-Arb* se tiene que presentar igualmente a la otra parte⁵⁵.

b. *La hibridación entre mediación y arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional (CCI/ICC)*

Del mismo modo, la CCI contempla también el proceso de hibridación entre arbitraje y mediación en su Reglamento RCA (Resolución de Conflictos Amistosos): *«para las partes que*

52 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_rules.pdf

53 https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation

54 L. LOZANO CORREA, *op. cit.*

55 *Vid supra*

deseen resolver sus conflictos o diferencias amistosamente con la ayuda de una tercera parte, la parte neutral en un marco institucional.»⁵⁶. El apartado. 3 del art. 7 RCA establece que «a menos que las partes acuerden lo contrario por escrito, no actuará ni tendrá participación en una acción judicial, arbitraje o procedimiento similar relacionado con un conflicto una tercera parte neutral en caso de RCA, ni como juez, ni como árbitro, ni como experto ni como representante o asesor de una de las partes.»⁵⁷.

En definitiva, por un lado, los mecanismos de hibridación son vistos como oportunidades con interesantes ventajas a explorar por las partes; por otro, en determinadas sedes, el problema de mantener la imparcialidad en fase arbitral de quienes han actuado previamente como mediadores, sigue haciendo planear dudas acerca de la validez del proceso. Cabe señalar que los casos en los que la mediación no ha funcionado, pero en los que las partes han solicitado al mediador que continúe como árbitro, si «acuerdan que se siga el arbitraje, el mismo será más eficaz, si es eso lo que las partes conjuntamente han decidido que sea su Mejor Alternativa Para un Acuerdo de Negociación (*BATNA*, según las siglas en inglés).

c. Hibridación entre arbitraje y mediación en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Aunque muy especializada en el ámbito de la Propiedad Intelectual, la experiencia de la OMPI en el empleo hibridado de *MASC/ADRS* avala sus recomendaciones respecto del empleo de cláusulas escalonadas⁵⁸. En especial, los mecanismos de hibridación entre arbitraje y mediación ser particularmente efectivos en aquellas sedes en las que las actas de mediación son consideradas como simples acuerdos contractuales, cuya virtualidad puede estar sujeta a un futuro procedimiento judicial. Para evitar este problema, las partes pueden recurrir a un procedimiento híbrido como el *Med-Arb* o designar como árbitro a su mediador, con el objetivo de registrar el acuerdo de mediación en un laudo definitivo⁵⁹. En el mundo anglosajón ambos mecanismos son frecuentemente empleados cuando es preciso resolver ciertos aspectos controvertidos que han quedado sin solventar a través de la mediación. Las partes aceptan la mediación, pero solicitan un arbitraje si ésta no produce los resultados previstos respecto de la totalidad de las cuestiones sometidas a conciliación.

Según la OMPI ambas variantes tienen elementos favorables e inconvenientes, que tanto pueden inclinar la balanza en favor de una u otra cuanto hacer desaconsejable el uso de cualquiera de ellas. En el caso del sistema *MED-ARB*, las partes van a ser conscientes, desde el inicio

56 L. LOZANO CORREA, *op. cit.*

57 *Ibid. op. cit.*

58 *Vid.* CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA OMPI, “Métodos alternativos de solución de controversias (ADR) de la OMPI. Guía para las Oficinas de Propiedad Intelectual y tribunales judiciales”, OMPI 2022, consultado en <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo-pub-rn2022-15-es-wipo-alternative-dispute-resolution-options.pdf> visitado el 23.05.2023

59 V. GONZÁLEZ, “Métodos alternativos de solución de controversias de propiedad intelectual”, *Clark+Model*, 27 de junio de 2022, <https://www.clarkemodet.com/articulos/metodos-alternativos-de-solucion-de-controversias-de-propiedad-intelectual/>, consultado 25.05.2023

mismo del MASC/ADRS, de que su mediador será, de no concluir con éxito dicha fase, el árbitro que resolverá la disputa el estadio arbitral posterior. Ello puede redundar en que las partes tengan ciertas reservas a la hora de realizar confidencias y aportaciones en fase de conciliación, que podrían ir en contra de sus intereses en el momento en que el mediador devenga árbitro. En la segunda variante, los problemas se disipan si se disgrega de forma total la función de mediación en la fase arbitral, recayendo cada una de ellas en personas diferentes⁶⁰.

V. CONCLUSIONES

Los mecanismos alternativos de resolución de controversias híbridos o combinados, conocidos como *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*, permiten utilizar sinérgicamente las ventajas de arbitraje y mediación, consiguiendo un mejor resultado en la gestión de riesgos y solución de conflictos relativos a operaciones comerciales transfronterizas, presentando un balance superior al que arrojan ambos mecanismos por separado.

1. La presencia de una solución arbitral en los sistemas de hibridación *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb* permiten estabilizar relaciones como las comerciales transfronterizas, estructuralmente aquejadas de un elevado grado de incertidumbre, y actuar tanto de forma preventiva cuanto patológica. La capacidad “estabilizadora” de las relaciones privadas transfronterizas que el arbitraje ofrece, con carácter previo al nacimiento del conflicto, supone una ventaja innegable respecto del empleo aislado de la mediación.
2. El recurso abierto a la mediación, como fase previa, intermedia o final, permite; por un lado, que la dinámica *win-win* redunde en la continuidad de las relaciones comerciales de las partes, en ocasiones comprometida por la concepción del arbitraje como un MASC/ADRS en el que hay un vencedor y un vencido. Por otro, capacita a los árbitros para huir de la tendencia a “*split the difference*”, mecanismo al que recurren, precisamente, con el objetivo de salvaguardar que los hoy litigantes puedan seguir manteniendo relaciones comerciales anteriormente satisfactorias.
3. En España, la regulación del arbitraje y la mediación en distintos cuerpos legales puede dificultar la implementación de estos mecanismos híbridos de resolución de controversias, dada la inicial prohibición del art. 17.4 de la Ley de Arbitraje: “4. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.*”. Este recurso abierto a la autonomía de voluntad como medio de evitar la mencionada prohibición, añade complejidad a la implementación de estos MASC/ADRS híbridos, lo cual encarece sus costes. La hibridación entre arbitraje y mediación —*Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*— exige una redacción extremadamente cuidadosa del instrumental en que se plasman los

60 C.M. GARCÍA-TRELLEZ FERNÁNDEZ, “Problemática y soluciones alternativas a la vía judicial en el ámbito de la propiedad intelectual”, *Revista de Mediación*, Vol. 14. Núm. 1, febrero 2021, consultado 25.05.2023 en <https://revistademediacion.com/articulos/problematy-y-soluciones-alternativas-a-la-via-judicial-en-el-ambito-de-la-propiedad-intelectual/index.html>

acuerdos y un conocimiento altamente especializado y sofisticado de los abogados y asesores jurídicos de las partes.

4. De las recomendaciones de las distintas organizaciones internacionales consultadas —CNUDMI/UNCITRAL, OMPI/WIPO, CCI/ICC— y del examen de las cláusulas modelos propuestas por instituciones arbitrales —Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio Industria y Servicios de Madrid, Asociación Europea de Arbitraje, Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos del Reino Unido, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, o el Centro Internacional de Resolución de Disputas—, pueden extraerse importantes cautelas.

En primer lugar, es preciso dejar clara constancia de la obligatoriedad y carácter sucesivo de las diferentes fases en las que se desenvuelve el MASC/ADRS híbrido. Con ello se ha de asegurar la concepción del MASC/ADRS elegido como un solo procedimiento multifásico y no como una superposición de mecanismos cuyo orden y observación es disponible para las partes.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta la desconfianza que determinadas legislaciones plantean respecto de la cuestión de la posible pérdida de parcialidad del mediador que posteriormente actúa como árbitro, lo que puede dar lugar a prescripciones como el mencionado art. 17.4 de la Ley de Arbitraje española o el art. 13 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL. Uno y otro remiten a la vía de la autonomía de la voluntad como mecanismo de circunvalación de la mencionada objeción, de modo que las partes deben dejar plena constancia de que son conscientes, si es eso lo que desean, de su aquiescencia a que una misma persona, el llamado “*med-árbitro*”, intervenga con plenas facultades tanto en la fase de mediación cuanto en la arbitral. En caso contrario, si desean beneficiarse de las ventajas de los MASC/ADRS híbridos y no colisionar con la mencionada prohibición, tienen que tomar todas las medidas precisas para que las personas que intervengan como mediadores, no lo hagan posteriormente en calidad de árbitros que han de decidir la controversia.

5. A mi parecer, para que estos métodos híbridos puedan utilizarse de forma amplia y segura, sería recomendable dotarlos de una regulación internacional *ad hoc*, impulsada por instituciones como CNUDMI/UNCITRAL, CCI/ICC, etc., y de la elaboración de normativas propias del *soft law*, como protocolos y recomendaciones de las instituciones internacionales, regionales y nacionales de mediación y arbitraje que, en la medida de lo posible, actúen de forma coordinada. La recepción o inspiración posterior de las legislaciones nacionales en estas iniciativas han supuesto, por regla general, una notable mejora técnica de las normativas de cada Estado, al tiempo que han operado un aceptable grado de armonización internacional de soluciones. Nuestra ley de arbitraje de 2003 es buen ejemplo de ello, consiguiendo superar las carencias de anteriores textos, al seguir la estela de la Ley Modelo UNCITRAL.

THE STRATEGIC SITUATION AND THE OPERATION OF PERMANENT STRUCTURED COOPERATION AS A EUROPEAN DEFENSE SECURITY INSTRUMENT

LA SITUACIÓN ESTRATÉGICA Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA COOPERACIÓN ESTRUCTURADA PERMANENTE COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD DE DEFENSA EUROPEA

DANIEL MARTÍNEZ CRISTÓBAL*

Sumario: I. THE EUROPEAN UNION'S GLOBAL STRATEGY. II. PESCO AND COMMON SECURITY. III. STRATEGIC PROJECTS WITH THE EUROPEAN DEFENCE AGENCY. IV. COMMON SECURITY AND DEFENCE POLICY ISSUES. V. PESCO'S INTERNAL AND EXTERNAL RELATIONS. VI. FUTURE COOPERATION AND THE PARTICIPATION OF THIRD STATES. VII. THE WAR IN UKRAINE AND THE PROTECTION OF EUROPEAN BORDERS. VIII. CONCLUSIONS.

RESUMEN: La Cooperación Estructurada Permanente (PESCO) ya se contemplaba en el Tratado de Lisboa, aunque su activación comenzó en diciembre de 2017 como un mayor compromiso en defensa de los Estados dentro del marco de la Unión Europea, que reforzaría la Política Común de Seguridad y Defensa. La PESCO incrementó la inversión en defensa y equipamiento militar y se compuso de unas fuerzas armadas de cada Estado Miembro que fuesen fácilmente desplegables para misiones y operaciones mejorando la competitividad tecnológica e industrial. A pesar de ello, y con Francia y Alemania a la cabeza del proyecto europeo, los miembros participantes adolecen de cultura estratégica común, situándose entre la autonomía estratégica europea y la compatibilidad con la OTAN. Tras la invasión de Ucrania por parte de Rusia en febrero de 2022 el germen de una unión militar parece más factible para establecer los medios de disuasión y actuación que garanticen la neutralización de futuros conflictos y amenazas provenientes de cualquier actor, incluyendo la amenaza rusa. El objetivo del trabajo es realizar un análisis de la situación política y normativa en la que se encuentra la UE en materia de seguridad y defensa a fin de determinar las claves de su funcionamiento y su categorización como potencia global en la escena internacional. Es necesario resaltar las relaciones con la OTAN y con terceros estados dentro de lo que sería la estructura de seguridad tanto europea como internacional.

ABSTRACT: *The Permanent Structured Cooperation (PESCO) was already contemplated in the Lisbon Treaty. However, its activation began in December 2017 as a greater commitment to the defence of the States within the framework of the European Union, which would strengthen the Common Security and Defence Policy. PESCO increased investment in defence and military equipment and consists of armed forces from each Member State that are easily deployable for missions and operations, improving technological and industrial competitiveness. Despite this, and with France and Germany at the forefront of the European project, the participating members suffer from a common strategic culture that is caught between European strategic autonomy and compatibility with NATO. Following Russia's invasion of Ukraine in February 2022, the emergence of a military union seems more feasible to establish the necessary means of deterrence and action that would guarantee the neutralisation*

Fecha de recepción del trabajo: 27 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 13 de noviembre de 2023.

* Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política en la Universidad Rey Juan Carlos. Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares con mención Cum Laude. España. Email: danielmcrystal@gmail.com Teléfono de contacto 677554728.

of future conflicts and threats from any actor, including the Russian threat. The objective of the work is to carry out an analysis of the political and regulatory situation in which the EU finds itself in terms of security and defence in order to determine the keys to its operation and its categorization as a global power on the international scene. It is necessary to highlight the relations with NATO and with third states within what would be the European and international security structure.

PALABRAS CLAVE: PESCO; Unión Europea; Seguridad; Cooperación; Estrategia; Política Común de Seguridad y Defensa.

KEYWORDS: *PESCO, European Union, Security, Cooperation, Strategy, Common Security & Defence Policy.*

I. THE EUROPEAN UNION'S GLOBAL STRATEGY

The illegal annexation of the Crimean Peninsula in the spring of 2014, Russia's ongoing aggression in eastern Ukraine, and the civil war in Syria and the resulting migration crisis were catalysts for putting territorial defence back on the European agenda after a period of inaction from 2008 to 2015.

One of the beneficiaries of the geopolitical instability has been NATO, following former US President Donald Trump's accusations of unequal contributions within the organisation, while urging compliance with the 2 per cent minimum defence spending commitment agreed upon at the 2014 Wales Summit.

It was no secret that relations between Russia and the European Union (EU) were far from optimal, and the palpable tension was perceived as a potential threat that could threaten territorial integrity and hinder European political stability. It also provoked the uprising of pro-Russian and pro-independence groups in the easternmost Ukrainian regions bordering Russia, Lugansk and Donetsk, who went so far as to control a significant part of the Donbas region.

On February 24, 2022, after weeks of continuous disagreement and multiple threats of war, Russia launched an attack and invasion of Ukraine, confirming to Europe the need to step up its defence efforts. On September 12, 2023, MEPs endorsed the Strengthening of the European Defence Industry through the Common Public Procurement Act (EDIRPA) to support EU countries in the joint purchase of defence products, in order to help cover the most urgent and critical shortages. EDIRPA aims to boost the industrial and technological base of European defence and promote cooperation in public defence contracts.

The austerity measures imposed after the 2007 crisis affected defence spending, and it was not until 2014 that this trend was reversed, accompanied by some economic recovery¹. The result of the Brexit referendum was a further wake-up call for the EU to change its defence policies and strategy. The UK's exit meant the loss of 20 per cent of its military capability

1 EUROPEAN DEFENCE AGENCY, "Defence Data 2017-2018/Key Findings And Analysis", p. 2, retrieved from <https://eda.europa.eu/docs/default-source/brochures/eda-defence-data-2017-2018> (accessed 20/02/2023).

and 40 per cent of its defence industrial capacity, and thus its influence and credibility as a security actor².

Along with the demand for greater cooperation, the term “strategic autonomy” gained momentum in the European defence debate. The first European Security Strategy was presented in 2003, setting out the EU’s strategic objectives. It was described by Javier Solana as a kind of general philosophy of EU action in the world³. At the request of the European Council in June 2016, the EU’s High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and Vice-President of the Commission, Federica Mogherini, presented a new Global Strategy for the European Union’s Foreign and Security Policy (EUGS), in which she clarified the EU’s ambition to become a strategically autonomous actor by being able to act more independently.

The Global Strategy set out four objectives⁴ for the EU to pursue: to promote peace and ensure the security of its citizens and territory; increase the prosperity of its people; foster the resilience of European democracies; and promote a bilateral world order. Among the priorities of European External Action, Sanahuja⁵ highlights the resilience of the states and societies of the East and South in order to collaborate with regions close to the EU and make them more secure through diplomacy and the Common Security and Defence Policy (CSDP). He also stresses the value of the neighbourhood policy and the importance of an effective emigration policy.

On June 16, 2020, EU Defence Ministers agreed to develop a Strategic Compass for the adoption of a common threat analysis for the EU CSDP. They sought to contribute to the creation of a common security and defence culture with concrete policy orientations. The aim of which was to achieve a new Headline Goal⁶ and drive the next iteration of the different branches of EU process capabilities, such as the Illustrative Scenarios, the Progress Catalogue, or the Capability Development Plan (CDP), to decide on the coherent full spectrum force package (term used in the November 2017 PESCO Notification). This package was to allow Member States to engage with NATO and to act autonomously when necessary.

The path towards the implementation of PESCO began with the inclusion of Article 42(6) into the Lisbon Treaty. It provided that Member States that met higher military capability criteria and had made more binding commitments to carry out the most demanding missions could

2 ROUND, P., GIEGERICH, B., Y MÖLLING, C., “European Strategic Autonomy and Brexit”, *The International Institute for Strategic Studies*, 2018, p. 2.

3 ARTEAGA, F., “La Estrategia Europea de Seguridad, cinco años después”, *Real Instituto Elcano*, 2009, p. 20, retrieved from http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ARI15-2009 (accessed 26/04/2023).

4 DE CARLOS IZQUIERDO, J., “La nueva Estrategia de Seguridad Europea”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 3 (julio-septiembre), 2016, pp. 935.

5 SANAHUJA PERALES, J. A., “La estrategia global y de seguridad de la Unión Europea: Narrativas securitarias, legitimidad e identidad de un actor en crisis”, *Instituto Complutense de Estudios Internacionales (ICEI)*, 2018, p. 12.

6 BISCOP, S., “From Global Strategy to Strategic Compass: Where Is the EU Heading?”, *Egmont Institute*, 2019, retrieved from www.jstor.org/stable/resrep17409 (accessed 10/06/2023).

establish permanent structured cooperation within the Union framework. The initiative would generate more binding commitments to capability development and strengthen the CSDP.

Although it was due to be activated in 2010, discussions on its implementation were not resumed until December 2016. The European Council stressed the need to allocate sufficient additional resources to enable the EU to assume greater responsibility for its own security. It then proceeded in accordance with NATO guidelines on defence spending for those Member States that are also members of NATO⁷. This idea was reinforced at the European Council of 22-23 June 2017, where the meeting concluded that PESCO should be launched. Member States were given three months to draw up a list of common criteria and commitments associated with their participation, in line with Articles 42(6) and 46 TEU, as well as Protocol 10 annexed to the Treaties⁸.

In the Notification to the Council and the High Representative of November 13, 2017, Member States included in the wording of the PESCO principles that the long-term goal was the formation of a common force structure. However, this was not included in the Council Decision, a fact that has continued to hinder PESCO's work. Thus, NATO remains the main actor in collective defence, even though there was a broad consensus on the need for the EU to take the lead in Europe by eliminating dependencies, while continuing to work cooperatively. The balance between the EU's strategic autonomy and compatibility with NATO as a conceptual tool for assessing Permanent Structured Cooperation was launched and approved through Council Decision (CFSP) 2017/2315 of December 11, 2017. It envisaged the participation of 25 Member States, excluding Denmark, Malta, and the United Kingdom.

However, its activation was already foreseen in the Lisbon Treaty as a platform to further develop the EU framework by strengthening the CSDP. It is also a platform for Member States to make a greater commitment to defence and to improve their military capabilities by collaborating on joint projects. This shall be done mainly through the Coordinated Annual Review on Defence (CARD) process in priority areas, being also eligible for funding from the European Defence Fund (EDF).

PESCO was defined as a fundamental legal and political framework for all Member States to develop their military assets and defence capabilities through multi-country initiatives and projects. The 25 participating states welcomed 20 binding commitments, placing particular emphasis on the availability of forces and capabilities for strategic deployment, in addition to the EU Battlegroup, and on the need to ensure the interoperability of Member States' national forces. Following Commitment 19 of Council Decision 2017/2315, all projects should contribute to strengthening the competitiveness of the European defence industry through an appropriate industrial policy, avoiding any unnecessary overlap. In doing so, they should increase the strategic autonomy of the Union and benefit the European Defence Technological

7 EUROPEAN COUNCIL, "Conclusiones del Consejo Europeo (EUCO 34/16) tras la reunión del 15 de diciembre de 2016", 2016, retrieved from www.consilium.europa.eu/media/21913/15-euco-conclusions-final-es.pdf (accessed 02/04/2023).

8 EUROPEAN COUNCIL, "Conclusiones del Consejo Europeo (EUCO 8/17) relativas a la reunión de los días 22 y 23 de junio de 2017", 2017, retrieved from <https://www.consilium.europa.eu/media/23969/22-23-euco-final-conclusions-es.pdf> (accessed 02/04/2023).

and Industrial Base (EDTIB), specifically those entities providing added value. This ambition necessarily goes hand in hand with an increase in defence budgets in real terms, allocating 20% of total defence spending to investment and 2% to research and technology.

While the introduction of the European Security Strategy (ESS), also known as the Solana Strategy, argued that Europe had never been more prosperous, secure, or free⁹, the EUGS presented a reality in which the aims and even the very existence of our Union were being questioned¹⁰. The need for an update is rooted in a different geopolitical context and the numerous challenges faced by the EU. One in which the EUGS represented an evolution by going beyond traditional crisis management operations abroad to the territorial defence of European citizens, which was previously the exclusive responsibility of the Member States¹¹. Within the limits of complementarity and synergy with NATO, it established the need for Europeans to be better equipped, trained, and organised¹², to act autonomously if necessary through generalised defence capabilities to respond to external crises and ensure Europe's security¹³.

Mistrust in the Trump administration, whose focus was beginning to shift towards Asia and whose interests were becoming less and less aligned with those of Europe, acted as an external driver. Brexit was the internal driver, with a complex impact that directly affected European defence capabilities, as it was the Union's largest military power alongside France. It also served to deepen the CSDP, as the UK consistently opposed any progress in this regard.

Following statements by German Chancellor Angela Merkel, in the wake of Brexit and the US withdrawal from the climate change agreement, the times when the EU could be completely dependent on others are over, and Europeans must take our destiny into our own hands¹⁴.

II. PESCO AND COMMON SECURITY

According to Council Decision (CFSP) 2017/2315, the permanent structured cooperation is governed by the Council, which provides strategic coordination for PESCO as a whole. Projects are approved unanimously, with only the representatives of the participating Member States

9 SOLANA MADARIAGA, J., "European Security Strategy: A Secure Europe in a Better World", *Brussels: European Council*, 2003, p. 27, retrieved from <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/publications/european-security-strategy-secure-europe-better-world/> (accessed 25/11/2022).

10 EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, "Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe-A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy", *Brussels: European External Action Service*, 2016, retrieved from https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs_review_web_0.pdf (accessed 21/01/2023).

11 ALDECOA LUZÁRRAGA, F., "La Cooperación Estructurada Permanente: haciendo creíble la Alianza Defensiva de la Unión Europea sin perder la condición de potencia normativa y diplomática", *Anuario Español de Derecho Internacional*, n. 34, 2018, p. 1013.

12 EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, "Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe-A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy", *Brussels: European External Action Service*, 2016, retrieved from https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs_review_web_0.pdf (accessed 21/01/2023).

13 *Ibid.*

14 BBC, "Merkel: Europe 'can no longer rely on allies' after Trump and Brexit", 28-05-2017, retrieved from <https://www.bbc.com/news/world-europe-40078183> (accessed 26/11/2022).

having the right to vote (Art. 46(6) TEU). At the project level, it is the Member States who agree on how they cooperate, the scope of the project and how it will be managed¹⁵. Another aspect of internal management is the achievement of projects, so taking into account the timetable foreseen for the implementation of the commitments agreed by the States, two phases are established (2018-2021 and 2021-2025). At the end of these phases, a review will be carried out to decide whether the cooperation was effective and whether new commitments can be made.

PESCO also receives evaluations of Member States' operations and can accept new participants by a qualified majority, after consulting the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (Art. 46(3) TEU), who serves as a contact point to ensure effective coordination between the CSDP and PESCO.

Under the responsibility of the High Representative, an annual assessment is carried out of both the state of implementation of PESCO and the fulfilment of the States' commitments through their respective National Implementation Plans. These should be updated annually under Article 3(2) of Council Decision (CFSP) 2017/2315. The National Implementation Plans are the result of the binding commitment made by the States¹⁶, as they have to be accountable to the other Member States¹⁷, even if they do not plan to meet the objectives set. This is a real problem for the European project, which is characterised by a culture of non-compliance.

Annex III of Council Decision (CFSP) 2017/2315 covered the aspects relating to the administration of PESCO, clearly determining its interstate nature, specific to the CSDP. In these aspects, it is stipulated that the Secretariat functions are assumed by the European External Action Service (EEAS), including the European Union Military Staff (EUMS), to assess the operational character of CSDP mission and operation-oriented projects. The EDA will assist in projects related to defence capabilities development while taking care not to duplicate existing initiatives.

According to the EU's institutions, PESCO should lead to more efficient defence investment and an increase in military equipment. Thus, each Member State would have their own armed forces that are easily deployable for missions and operations, thereby improving the competitiveness of the EDTIB.

PESCO's tendency to focus on industrial benefits for Member States, rather than having military efficiency as an objective¹⁸, can be understood through Article 46(4) of the TEU. This

15 ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y PÉREZ CAVA, P., "La Cooperación Estructurada Permanente (PESCO): un nuevo compromiso de los Estados miembros en materia de Seguridad y Defensa europea. Análisis de las implicaciones para España y posibles aportaciones relevantes", *Fundación Alternativas y Ministerio de Defensa*, 2018, p. 57, retrieved from https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/opex_documentos_archivos/4754f2339dc6900bdb0e896560f3d99b.pdf (accessed 25/03/2023).

16 *Ibid.*

17 BISCOP, S., "European Defence: Give PESCO a Chance", *Survival: Global Politics and Strategy*, June–July 2018, v. 60 (3), p. 163, retrieved from <https://www.egmontinstitute.be/app/uploads/2018/06/European-defence-give-PESCO-a-change-SvenBiscop-June18-1.pdf> (accessed 18/02/2023).

18 LE GLEUT, M., y CONWAY-MOURET, M., "European Defence: The Challenge of Strategic Autonomy", *Senate, Information Report n° 626*, 2019, p. 39, retrieved from : <http://www.senat.fr/rap/r18-626-2/r18-626-21.pdf> (accessed 25-03-2023).

allows the Council to exclude any Member State that fails to comply with its obligations under PESCO. Yet the absence of consequences for a State's non-compliance, in part due to the lack of specificity in the wording of the commitments, makes it easier for members to focus on their national objectives. By not asking what they can do for PESCO but what PESCO can do for them¹⁹, they seek the answer they expect to get – give them more money.

The most effective method of achieving an integrated defence apparatus and promoting a combination of pooling and division of labour among Member States is a need to shift criteria and commitments towards a desire to build autonomous capabilities collectively²⁰. An example of this is the naval cooperation between Belgium and the Netherlands, whereby the latter provides operational command, buys the frigates and is responsible for their maintenance, while Belgium is in charge of the minesweepers and crew training²¹. However, both countries retain sovereignty over the use of vessels under the Dutch or Belgian flag²², so cooperation leads to a reduction in costs and duplication of effort, as well as a degree of commonality in operational requirements.

The European Defence Cooperation project was launched in 2017 and was expected to be fully operational by 2021. However, due to the COVID-19 pandemic, its implementation has been delayed. The *Ocean2020* project, which aims to strengthen maritime surveillance missions by integrating drones and unmanned submarines into European fleet operations, and *Eurodrone*, which aims to develop a European Medium Altitude Long Endurance Remotely Piloted Aircraft System (MALE RPAS), are now being planned for 2025.

The CSDP is fully integrated into the CFSP, providing the action framework for the Union's armed forces and offering an operational capability based on civilian and military means to be used in missions outside the Union's territory. Defence within the common borders is left to the States themselves and their alliances with NATO. Military missions may also be inter-State operations in which not all members participate. States must report regularly to the Council on their progress and take the necessary decisions in the event of changes to the mission.

In addition, the European Defence Agency assists the Council in assessing military capabilities and proposing multilateral coordination projects, supporting defence technological research and planning joint research activities by implementing measures to strengthen the Defence Technological and Industrial Base. Projects are formally approved by a Council Decision (with the assistance of the Political and Security Committee (PSC) and the European Union Military Committee (EUMC) in the form of permanent structured cooperation.

19 BISCOP, S., "European Defence and PESCO: Don't Waste the Chance", *EU Integration and Differentiation for Effectiveness and Accountability (EU-IDEA)*, n. 1, 05-06-2020, p.7, retrieved from : https://euidea.eu/wp-content/uploads/2020/05/euidea_pp_1.pdf (accessed 10/06/2023).

20 MAURO, F., Y SANTOPINTO, F., "Permanent Structured Cooperation: national perspectives and state of play", *European Parliament's Subcommittee on Security and Defence (SEDE)*, 2017, p. 17, recuperado de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603842/EXPO_STU\(2017\)603842_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603842/EXPO_STU(2017)603842_EN.pdf) (accessed 03-02-2023).

21 *Ibid.*, p. 73.

22 BISCOP, S., "European Defence: What's in the CARDS for PESCO", *Egmont Institute*, n. 91, 2017, p. 3, retrieved from <http://www.jstor.org/stable/resrep17409> (accessed 10/03/2023).

III. STRATEGIC PROJECTS WITH THE EUROPEAN DEFENCE AGENCY

eDA's activity in PESCO is significant, as one of its functions is to provide solutions to military requirements by promoting armament programmes and planning their implementation. Article 7(3) of Council Decision (CFSP) 2017/2315 foresaw that Member States could use the EDA to assist in developing capability projects and to check for unnecessary duplication. These programmes would later be managed by the Organisation for Joint Armament Cooperation (OCCAR), with whom it collaborates and whose relationship was formalised with the Administrative Agreement of July 2012.

In March 2018, the Council approved an initial list of seventeen PESCO projects, followed by a further seventeen on November 19, 2018, thus amending Council Decision (CFSP) 2018/340. This Permanent Structured Cooperation was established in the European Defence Action Plan endorsed by the Bratislava European Council in December 2016. On November 12, 2019, Decision (CFSP) 2019/1909 further amended and updated Decision (CFSP) 2018/340, increasing the list of projects to 47. These projects include the Maritime Unmanned Anti-Submarine System (MUSAS) on which Portugal, Spain, France, and Sweden are working together.

Not all 47 projects respond to the capability gap identified by the CDP. However, Member States show a predilection for incorporating into the EU framework programmes already originating at the national or bilateral level, or in intergovernmental organisations such as the Organisation for Joint Armament Cooperation (OCCAR)²³.

The flexibility in the commitments assumed allows us to distinguish a policy of small steps in achieving affordable and feasible commitments for all Member States by establishing mechanisms to facilitate the participation of other Member States both in PESCO and in individual projects, and third States, in line with the Global Strategy. The European Council must draw on all the existing practice in the Petersberg operations and from the Framework Agreements on participation in crisis management. Regarding the administrative agreements, they must reflect the participation of these third States, especially when in individual projects it will be the participating States themselves who manage the development and achievement of said projects²⁴.

In the 2018 revision of the CDP, 11 result-oriented EU Capacity Development Priorities were adopted, i.e. they focus on delivering the capacities needed to address existing European shortfalls²⁵.

23 RUÍZ DÍAZ, L. J., "La participación española en la Cooperación Estructurada Permanente: oportunidades y desafíos para la industria de defensa nacional", *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n. 17, 2020, 10/2020, retrieved from https://www.ieee.es/publicaciones-new/documentos-de-opinion/2020/DIEEO10_2020LUCRUI_IndustriaDef.html (accessed 06-05-2023).

24 ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., "La Cooperación Estructurada Permanente ¿Un primer paso hacia la integración en la seguridad y defensa europeas?", *Revista General de Derecho Europeo*, n. 45, 2018, retrieved from https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=420142 (accessed 02/11/2023).

25 EUROPEAN DEFENCE AGENCY, "2018 CDP Revision: The EU Capability Development Priorities", 2018, retrieved from <https://eda.europa.eu/docs/default-source/eda-publications/eda-brochure-cdp#:~:text=The%202018%20CDP%20revision%20reflects,adaptation%20of%20national%20defence%20planning> (accessed 04/02/2023).

These priorities should guide Member States' national defence planning, as well as initiatives such as PESCO or the EDF. The aim is to create a set of available and interoperable capabilities and forces at the disposal of EU Member States for national or international missions in the framework of the CSDP, NATO, or the United Nations. The areas covered are enabling capabilities for cyber response operations, space-based communication and information services, cyber superiority, land combat capabilities; enhanced logistic and medical support capabilities, naval manoeuvrability, underwater control contributing to resilience at sea, air superiority, air mobility, integration of military air capabilities, and cross-domain capabilities contributing to achieving the EU's level of ambition²⁶.

While logistics, ground combat or capabilities to achieve the EU's level of ambition are CDP priorities that are being addressed more intensively, some are minimally or not at all represented in PESCO projects. However, a comparison with EU inter-State co-operations shows that these are being covered by EDA activities and projects. Space information and communication services are not represented by any project, although satellite communications are facilitated by the activities of the *EU SatCom Market*, coordinated by the EDA since 2009. In-flight refuelling of aircraft is another weakness of European technology, which has been overstretched in military operations such as Mali, Libya, and Kosovo, where it has had to rely on US capabilities.

Although there is no PESCO project working exclusively on it, the EDA has channelled it through three action lines since 2012: optimisation of existing assets, A400M AAR capability and strategic tanker capability in Multinational Multi-Role Tanker Transport Fleet (MMF)²⁷. The downside, however, was that the presence of major European capability development projects outside the PESCO framework, such as the *Future Combat Air System* (FCAS) or the *Main Ground Combat System* (MGCS), minimised the opportunity for major European defence development²⁸. Also, by the end of 2019, five PESCO projects were receiving support from the EDA: ESSOR, MAS MCM, CRRT, CBRN, and *Divepack*²⁹, and the last two projects would be included in the EDA activity as a request from Member States.

One of the projects on which they are currently actively collaborating is the Medium Altitude Long Endurance Remotely Piloted Aircraft System (MALE RPAS) programme, for which Airbus Defence and Space is the prime contractor, involving France, Germany, Italy, and Spain.

With a large number of projects and Member States involved, there is some concern about the efficiency of their operation. In Biscop's words³⁰, the success of PESCO projects lies not

26 *Ibid.*

27 EUROPEAN DEFENCE AGENCY, "Air-to-Air Refuelling", 2020, retrieved from <https://eda.europa.eu/what-we-do/all-activities/activities-search/air-to-air-refuelling> (accessed 15/03/2023).

28 BISCOP, S., "European Defence and PESCO: Don't Waste the Chance", *EU Integration and Differentiation for Effectiveness and Accountability (EU-IDEA)*, n. 1, 05-06-2020, p. 13, retrieved from: https://euidea.eu/wp-content/uploads/2020/05/euidea_pp_1.pdf (accessed 10/06/2023).

29 EUROPEAN DEFENCE AGENCY, "Annual Report 2019", 2020, p. 6, retrieved from <https://eda.europa.eu/docs/default-source/eda-annual-reports/eda-2019-annual-report.pdf> (accessed 22/02/2023).

30 BISCOP, S., "European Defence and PESCO: Don't Waste the Chance", *EU Integration and Differentiation for Effectiveness and Accountability (EU-IDEA)*, n. 1, 05-06-2020, pp. 12, retrieved from: https://euidea.eu/wp-content/uploads/2020/05/euidea_pp_1.pdf (accessed 10/06/2023).

in quantity, but in quality. The strategy should be to focus on a smaller group of strategically relevant projects that would benefit from a larger share of European funds, prioritising the military needs identified by both the EU and NATO in the CDP and NDPP. The interests of each Member State, according to its geography and strategy, must converge to reconcile opinions and select projects relevant to the EU as a bloc.

A study by Blockmans and Macchiarini Crosson³¹ found that, although the number of projects has steadily increased, the participation of Member States has decreased. In the first selection of projects, all 25 participating States were involved in at least one project, whereas in the third selection, this had been reduced to only 15. Another obstacle that PESCO will have to face is the consequences of COVID-19, which have inevitably reduced defence resources. This is illustrated by the large cut in the amount allocated to the future EDF. Although PESCO is not directly financed by European funds, except for those projects eligible for the EDF, if Member States' defence budgets decrease, so does PESCO's funding.

A report by the European Parliament Research Service (EPRS)³² highlights the suitability of several projects for the EU to be prepared in the event of another public health crisis. The best example is the *European Medical Command*, which aims to provide a centralised medical capability to coordinate Member States' military medical assets. Its mission is to improve the acquisition of critical medical assets and to contribute to the harmonisation of national medical standards. This was communicated by the High Representative, Josep Borrell, at a hearing with the European Parliament's Subcommittee on Security and Defence (SEDE) in May 2020. He emphasised the added value of projects such as the *European Medical Command*, or a network of logistical hubs in future crises. Given the important role played by the military in supporting civilian authorities³³, he called for improved military transport with medical capabilities and better military-civilian coordination. Following the lessons learned from managing the pandemic in Europe, it is up to Member States to fund initiatives to increase European response capacity, an urgency that provides an opportunity for PESCO to move forward more rapidly.

IV. COMMONSECURITY AND DEFENCE POLICY ISSUES

The current reality presents an unprepared security policy, as demonstrated by the Libyan and Syrian crises of 2011, in which EU partners such as France, the UK, Italy, and Spain decided to intervene militarily under the umbrella of NATO and US logistics, despite Germany's opposition. However, in the absence of a common military decision and capability, they did

31 BLOCKMANS, S., y MACCHIARINI CROSSON, D. "Differentiated integration within PESCO – clusters and convergence in EU defence", *CEPS Research Report*, n. 4, 2019, pp. 5-8, retrieved from https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2019/12/RR2019_04_Differentiated-integration-within-PESCO.pdf (accessed 11/01/2023).

32 LAZAROU, E., y LAȚICI, T., "PESCO: Ahead of the strategic review", *EPRS|European Parliamentary Research Service*, 2020, retrieved from [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652051/EPRS_BRI\(2020\)652051_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652051/EPRS_BRI(2020)652051_EN.pdf) (accessed 21-04-2023).

33 BORRELL FONTELLES, J., "Committee on Security and Defence", *Multimedia Centre European Parliament (EEAS)*, 2020, retrieved from <https://www.unisci.es/multimedia-2020/> (accessed 01/05/2023).

not intervene. This demonstrates the weakness of the European defence policy and its inability to deal with the conflicts that have broken out on its borders.

The differences between the Member States are varied, particularly in terms of the identification of risks and border conflicts, with Spain and France concerned about the danger in North Africa, and others, such as Poland and Sweden, being wary of Eastern Europe or the Balkans. This is not to say that they are not concerned about the other risks shared by other Member States that also affect them³⁴, including the need to combat the new threats and challenges of jihadism, failed states, and hybrid warfare.

There are different perceptions of the use of force, with France and Germany embodying the two positions. While France is more in favour of establishing a strong European defence policy, Germany has always been reluctant to use force and deploy military troops abroad in high-risk situations. Such divergent positions led to doubts concerning the involvement of States in European defence matters and the absence of a fully-fledged common foreign policy³⁵.

French President Emmanuel Macron, aware of internal differences and Paris's disenchantment with a PESCO that responded to the German format that was moving slower than he would have liked, pushed for the creation of the European Intervention Initiative (EI2) military force. This came into effect after nine European countries (France, Germany, Belgium, Denmark, Estonia, the Netherlands, Portugal, Spain, and the UK) signed the Letter of Intent (LOI). Witney³⁶ compared it to a military Erasmus, in which officers from Member States must work together in a planning and prevention forum, in order to be able to intervene quickly in the event of a crisis of any kind. This was an operational intergovernmental initiative to facilitate burden-sharing in military operations. Its main objective is to intervene in any engagement using previously jointly developed plans and protocols, to promote strategic and long-term autonomy. It also aims to develop a strategic culture that will enable Europe to become a major military actor once again. However, for the time being, it is a forum focused on strategic planning and prevention³⁷.

The strategic scenario posed by EI2 was quite broad, stretching from the Sahel to the Middle East and Eastern Europe. It focused on terrorism and migration crises, but also on natural

34 BLOCKMANS, S. y FALEG G. "More Union in European Defence", *CEPS Paperbacks*, 2015, retrieved from <https://www.ceps.eu/download/publication/?id=8789&pdf=TFonEuropeanDefence.pdf> (accessed 19/02/2023).

35 PERRUICHE J. P., "For a European White Paper on Security and Defence", *Fondation Robert Schuman*, 2015, retrieved from : <https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0360-for-a-european-white-paper-on-security-and-defence> (accessed 25/03/2023).

36 WITNEY, N. "Macron and the European Intervention Initiative: Erasmus for soldiers?", *European Council on Foreign Relations*, 2018, retrieved from https://ecfr.eu/article/commentary_macron_and_the_european_intervention_initiative_erasmus_for_sold/ (accessed 15/04/2023).

37 MOYACÁNOVAS, L. E., "La Iniciativa Europea de Intervención, la Cooperación Permanente Estructurada e ingeniería institucional francesa", *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 79/2019, p. 6 retrieved from https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2019/DIEEEO79_2019LUIMOY_UEDef.pdf (accessed 13/04/2023).

disasters, while underlining the need to address the renewal of open warfare on Europe's doorstep and intimidating displays of force on its eastern flank³⁸.

Formed outside the institutional framework of the EU and NATO, the German reaction was one of mistrust towards the EI2. They argued that France was seeking European support in areas that were of interest to it and would consist of operations serving only French, not European, interests³⁹. These assertions were supported by aspects such as membership, which requires a French invitation. Another reason for German concern was based on the risk of institutional redundancy, where too many parallel initiatives increase the possibility of undermining each other. There was already a very similar German-led *EUFOR Crisis Operation Core* (EUFOR CROC) project within PESCO⁴⁰, aimed at creating a comprehensive and coherent set of capabilities that could accelerate the provision of forces.

The German government eventually joined the EI2. In the Meseberg Declaration, both countries agreed to link the French initiative with PESCO where possible to avoid duplication and encourage complementarity. Critical voices, such as Biscop⁴¹, argued for a merger between EI2 and EUFOR CROC under the PESCO umbrella. The participating states would join different task forces according to the scenarios envisaged by EI2 (Sahel, Caribbean, terrorism, etc.) and contribute to force packages that would be ready to act in the event of a crisis in these areas. Those who are more sceptical about the real potential of the CSDP as a vehicle for ensuring the active role of Europeans, both at home and abroad, are in favour of this initiative outside the framework of the Union⁴².

The absence of a clear purpose for the CSDP sparked a debate in late 2019 with Germany's proposal for a Strategic Compass, a politico-military strategy under the Global Strategy. This Compass would be based on a common analysis of the threats. EU High Representative Josep Borrell, who drew up the proposal, stated that what Europe needs most is a common strategic culture: a shared way of looking at the world, of defining threats and challenges as a basis for addressing them together⁴³. Annegret Kramp-Karrenbauer⁴⁴, Germany's defence minister, also claimed that the greatest threat to security was Germany's own complacency and disunity.

38 *Ibid.* p. 7.

39 SIEBOLD, S., "Berlin und Paris streiten über neue Eingreiftruppe" Reuters, 11/06/2018, retrieved from <https://www.reuters.com/article/deutschland-frankreich-verteidigung-idDEKCN1NB2FR> (accessed 27/12/2022).

40 BISCOP, S., "European Defence: Give PESCO a Chance", *Survival: Global Politics and Strategy*, June–July 2018, v. 60 (3), p. 165, retrieved from <https://www.egmontinstitute.be/app/uploads/2018/06/European-defence-give-PESCO-a-change-SvenBiscop-June18-1.pdf> (accessed 18/02/2023).

41 BISCOP, S., "European Defence and PESCO: Don't Waste the Chance", *EU Integration and Differentiation for Effectiveness and Accountability (EU-IDEA)*, n. 1, 05-06-2020, p. 11, retrieved from : https://euidea.eu/wp-content/uploads/2020/05/euidea_pp_1.pdf (accessed 10/06/2023).

42 WITNEY, N., "Building Europeans' capacity to defend themselves", *European Council on Foreign Relations*, 2019, p. 4, retrieved from https://ecfr.eu/publication/building_europeans_capacity_to_defend_themselves/ (accessed 22/04/2023).

43 BORRELL FONTELLES, J., "Europe security and defence: the way forward", *Multimedia Centre European Parliament (EEAS)*, 2020, retrieved from <https://www.unisci.es/multimedia-2020/> (accessed 01/05/2023).

44 KRAMP-KARRENBAUER, A. "Politico: Interview with Annegret Kramp-Karrenbauer", *Federal Ministry of Defence*, 2020, retrieved from : <https://www.bmvg.de/en/news/politico-interview-with-annegret-kramp-karrenbauer-1716226> (accessed 02/04/2023).

A Strategic Compass could provide PESCO with guidelines by which to be directed, setting out the purpose of shaping this politico-military strategy. The geographical balance of PESCO suggests that, although the German inclusive model was chosen, the practice has followed a trend towards French exclusivity, with a centralised structure to which the other participating States adhere.

If the CSDP was conceived as a section at the disposal of the common foreign policy, it is difficult to take a position on defence issues due to the different positions on conflicts such as Iraq in 2003 or Libya in 2011. As a result, the CSDP has also become a point of internal divergence within the EU.

V. PESCO'S INTERNAL AND EXTERNAL RELATIONS

1. The pacts and agreements within the European Union: the need for a strong core

Firm leadership is needed to ensure PESCO's success and avoid stagnation. The cooperation of the Franco-German axis, together with Italy and Spain, is essential and should serve as an example for the shaping of a Europe of Defence and the achievement of strategic autonomy. Nevertheless, they also represent two ways of understanding it. Germany views PESCO through the prism of European integration and, while aware of the likely emergence of different speeds within it, is reluctant to draw new lines separating the hard core of European defence from other countries.

The projects proposed by Germany within PESCO are illustrative of its areas of interest. They are aimed at strengthening cooperation and capabilities in non-combat areas, such as logistics or medical support⁴⁵. France sees it as an instrument for the operational efficiency necessary to achieve strategic autonomy, in which a small group of European countries prepared to conduct military operations assume greater responsibilities⁴⁶. In the 2019 report to the French Senate, this reality was aptly summed up by the statement that when someone says European Defence, the French hear Defence and the Germans hear Europe⁴⁷.

The different geostrategic visions of each European state, rooted in its own history and geography, make the European process strategically and politically difficult. This problem is noticeable even within the Franco-German axis; Germany looks eastwards, giving diplomatic

45 GOTKOWSKA, J., "The Trouble with PESCO, The mirages of European defence", *Point of view Centre for Eastern Studies (OSW)*, 69, (02.2018), retrieved from https://www.osw.waw.pl/sites/default/files/pw_69_pesco_ang_net.pdf (accessed 11/05/2023).

46 KOENIG, D., y WALTER-FRANKE, M., "France and Germany: Spearheading a European Security and Defence Union?", *Jacques Delors Institut*, retrieved from <http://www.institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/franceandgermanyspearheadingaEuropeanSecurityandDefenceUnion-koenigwalter-jdib-july2017.pdf?pdf=ok> (accessed 24/01/2023).

47 LE GLEUT, M., y CONWAY-MOURET, M., "European Defence: The Challenge of Strategic Autonomy", *Senate, Information Report n° 626*, 2019, p. 66, retrieved from : <http://www.senat.fr/rap/r18-626-2/r18-626-21.pdf> (accessed 25-03-2023).

importance to Central Europe, and France looks southwards, preoccupied with Africa and the Middle East⁴⁸.

The participation of 25 Member States was a victory for the German integrationist position, surpassing even initial expectations and predictions that expected a more demanding inclusion based on the need to meet higher criteria in the military field. Considering the attitude of certain European states towards Brussels and European policies, Naumescu⁴⁹ offered two possible explanations: the reluctance to take the risk of being left out, or a desire to control the EU's progress by potentially hindering future steps towards true European military integration, as may be the case with Poland.

The configuration and scope of PESCO have a broad strategic dimension. Most European Member States are NATO members, and it is not surprising that some of them have a preference for NATO as a security guarantor. This is particularly the case in Eastern Europe, which is geographically closer to Russia and was the reason for the creation of NATO.

But differences can also be found in their strategic visions for security and defence, their individual relationship with the United States and their position on the future structure of the EU⁵⁰. Poland is the most vocal Eastern European country in expressing its scepticism and strong stance on a possible withdrawal from NATO or the creation of a two-speed Europe, hence its last-minute entry to PESCO. Its participation has increased since the inception of PESCO. However, it is tied to projects that serve EU-NATO cooperation or its capacity needs.

The US support factor in deterring Eastern European countries also plays a very important role as a key partner in the defence industrial dimension⁵¹. Launched in 2014 following the annexation of Crimea, the European Deterrence Initiative (EDI) is the mechanism through which the US has strengthened its military presence in Central and Eastern Europe. Poland is currently home to a rotating contingent of 5,500 US troops, of which an additional 1,000 troops were added following the Enhanced Defence Cooperation Agreement (EDCA) signed on August 15, 2020, making the US military presence in the country permanent.

It would be necessary to assess whether a body could be placed at a lower level of the PESCO that acts in a similar way to the DARPA agency in the United States to carry out technological research attractive to the Member States, such as HEDI (Hub for EU Defence Innovation), taking into account relationship with NATO's innovation initiative, DIANA (Defence Innovation Accelerator for the North Atlantic).

Finding the fit of PESCO will allow maximizing the success of the projects and providing coherence to the CSDP, since despite the fact that PESCO is active, the EDA continues to

48 MAURO, F., Y SANTOPINTO, F., "Permanent Structured Cooperation: national perspectives and state of play", *European Parliament's Subcommittee on Security and Defence (SEDE)*, 2017, p. 24, recuperado de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603842/EXPO_STU\(2017\)603842_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603842/EXPO_STU(2017)603842_EN.pdf) (accessed 03-02-2023).

49 NAUMESCU, V., "Administrative and political perspectives of the Eu's reform: Focus on Permanent Structured Cooperation", *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, Special Issue, n. 56, p. 68, retrieved from <http://rtsa.ro/tras/index.php/tras/article/view/585/571> (accessed 26/02/2023).

50 *Ibid.* p. 66.

51 *Ibid.* p. 69.

execute its own projects financed by the Member States and which, at times, have ended up becoming PESCO projects. Regarding EDF, 29 of the 60 approved PESCO projects had their manifestation in 43 EDIDP and EDF projects. With the war in Ukraine, it has been necessary to urgently promote and develop the relationship between HEDI-PESCO-EDF with the CARD and the CDP and, more broadly, with the Strategic Compass.

2. Compatibility and legal relations with NATO

Although the former is often subordinate to the latter, the complementary relationship between the CSDP and NATO is based on the fact that Union policy will respect the North Atlantic Treaty obligations for certain Member States who see their common defence realised in the North Atlantic Treaty Organisation. The Union's policy will be compatible with the shared security and defence policy established within that framework.

The Berlin Plus Agreement consolidated this complementarity by allowing the EU to have access to NATO's collective assets and capabilities in those EU-led operations in which NATO itself was not involved⁵². These agreements have been used in both Operation Concordia, in the former Yugoslav Republic of Macedonia, which ended in September 2003 and Operation EUFOR in Bosnia and Herzegovina. Some authors, such as Peco Yeste, argue that resorting to such mechanisms is not a viable option unless one accepts the risk of losing autonomy in planning and control processes at the strategic military level⁵³. This is because most of the key positions at NATO Headquarters are occupied by American officers.

The 2016 NATO Summit in Warsaw resulted in the signing of the EU-NATO Joint Declaration on strengthening practical cooperation between the two, followed by the adoption of 74 joint measures in 7 areas of cooperation: hybrid threats, operational cooperation, cyber security, defence capabilities, industry and research, coordinated exercises and capacity building. A second Declaration was signed in July 2018 to regulate the transparency relationship between the two organisations and develop joint actions in the face of common threats.

In the absence of an Atlantic Alliance army and a European army, military capabilities are left to individual states⁵⁴. In practice, this means that in any international crisis, European Member States will decide whether to act under the umbrella of the EU, NATO, the UN or ad-hoc coalitions. But NATO has no foreign policy of its own, so it cannot determine EU strategy. Instead, NATO acts as a forum for joint decision-making with the US, even though the EU has its own foreign strategy separate from that of the US. As a result, there is a certain tension

52 RAIK, K., Y JÄRVENPÄÄ, P., "A New Era of EU-NATO Cooperation: How to Make the Best of a Marriage of Necessity", *International Centre for Defence and Security*, 2017, retrieved from https://icds.ee/wp-content/uploads/2018/ICDS_Report_A_New_Era_of_EU-NATO.pdf (accessed 05/02/2023).

53 PECO YESTE, M., "Defensa europea: fin del paradigma y los riesgos de dejarse llevar", *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, (10), 71/2018, retrieved from https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2018/DIEEO71-2018_DefensaEuropea_MPecoYeste.pdf (accessed 14/05/2023).

54 RAIK, K., Y JÄRVENPÄÄ, P., "A New Era of EU-NATO Cooperation: How to Make the Best of a Marriage of Necessity", *International Centre for Defence and Security*, 2017, retrieved from https://icds.ee/wp-content/uploads/2018/ICDS_Report_A_New_Era_of_EU-NATO.pdf (accessed 05/02/2023).

and competition in the development of skills and performance which, in Biscop's words⁵⁵, resembles a beauty contest.

The synchronisation between the EU and NATO regarding the collection of information from Member States should align the eleven Priorities set by the EDA Capability Development Plan with the fourteen planning areas of the NATO Defence Planning Process (NDPP)⁵⁶.

Project results with the greatest potential for success are those involving a large number of Member States that focus on both logistical cooperation and the removal of infrastructural barriers hindering the mobility of soldiers and equipment within the EU⁵⁷. For example, the Dutch-led Military Mobility project, which aims to create a Schengen defence area⁵⁸, is one of the priorities set out in the Joint Declaration on EU-NATO cooperation. In addition, the network of logistics hubs in Europe and operational support, led by Germany, will reduce response times and increase the capability and sustainability of military operations.

Despite disagreements within the EU over its foreign policy, there is a consensus on standing up to the US in times of conflict, such as in the 2003 Iraq war, or when faced with demonstrations by a US sceptical of Europeans' ability to provide for its own security or support its global ambitions⁵⁹. Authors such as Biscop⁶⁰ and Barry Posen⁶¹ believe that a more flexible US-EU alliance that replaces NATO by strengthening transatlantic ties could be a long-term solution, although a common NATO worldview is unlikely.

It is indisputable that Europe's security still remains in the hands of NATO in many of its aspects, and in the event that a serious crisis were to occur in Europe, its management would be impossible without the support of the US, which is why efforts must be made whose purpose is greater integration into NATO⁶², and the war in Ukraine confirms this statement since a solid capacity for unilateral decision-making is evident.

55 BISCOP, S., "EU-NATO Relations: A Long-Term Perspective", *Nação e Defesa*, n. 150, 2018, pp. 88, retrieved from <https://www.egmontinstitute.be/app/uploads/2018/11/NeD150.pdf> (accessed 25/02/2023).

56 BRATTBERG, E., "Beyond European Versus Transatlantic Defense. The German Marshall Fund of the United States", 2018, p. 4, retrieved from <https://www.gmfus.org/publications/beyond-european-versus-transatlantic-defense> (accessed 17/05/2023).

57 TERLIKOWSKI, M. "PESCO: Two Years Later", *Center for Security Studies*, 2020, retrieved from <https://isnblog.ethz.ch/defense/pesco-two-years-later> (accessed 21.05.2023).

58 SOCOR, V., "NATO Summit Highlights Partnership With the EU", *The Jamestown Foundation*, 2018, retrieved from <https://jamestown.org/program/nato-summit-highlights-partnership-with-the-eu/> (accessed 21/04/2023).

59 AGGESTAM, L., y HYDE-PRICE, A., "Double Trouble: Trump, transatlantic relations and European strategic autonomy", *Journal of Common Market Studies*, v. 57, Annual Review (issue S1), p. 122, retrieved from <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jcms.12948?campaign=wiletoc> (accessed 09/02/2023).

60 BISCOP, S., "EU-NATO Relations: A Long-Term Perspective", *Nação e Defesa*, n. 150, 2018, pp. 89, retrieved from <https://www.egmontinstitute.be/app/uploads/2018/11/NeD150.pdf> (accessed 25/02/2023).

61 POSEN, B. R., "Restraint: A New Foundation for U.S. Grand Strategy", Cornell University Press, 2014.

62 DÍAZ GALÁN, E. C., "Cooperación Estructurada Permanente (PESCO): Algunas consecuencias para España y la OTAN", *Cuadernos de Política Exterior Argentina (Nueva Época)*, n. 136, diciembre 2022, p. 80, retrieved from <https://cupea.unr.edu.ar/index.php/revista/article/view/148/155> (accessed 06/11/2023).

The NATO Summit held in Madrid in 2022 revealed a very different situation from the one that existed just a few years before, where the commitment was made to strengthen the Alliance based on the principles of solidarity and mutual defence. and an “Atlantic Alliance more united and forceful than ever” was emphasized, which continues to be the fundamental pillar to guarantee the security of the Member States⁶³. The text of the Final Declaration containing the strategic concept confirmed that NATO is the unique, essential and indispensable transatlantic forum to consult, coordinate and act on all matters related to individual and collective security, abandoning the previous postulates where the discrepancies between the members of the organization than their common postulates.

Proposing a Defence Europe without collaboration with NATO would even lead to considering the eventual dissolution of this latter organization. In any case, as long as the European States continue to commit to close and essential cooperation with NATO, the complete achievement of the EU's own unique space in the international order in terms of security and defence will be more limited. Although NATO-EU collaboration is required, it could happen that the European defence industry would be conditioned by the membership of the main European countries in the transatlantic organization and that, therefore, there would be an intense geostrategic dependence of Europe in relation to the US. The most convenient thing would be to project a panorama of relations in which both organizations had their role and did not give up any of their objectives.

3. Washington's suspicion of European defence initiatives

Transatlantic ties between Europe and the United States have deteriorated over the years due to latent differences in a complex range of policies, from the Balkans and the Middle East to trade and security cooperation⁶⁴. This frivolous environment in foreign policy was already evident during the Obama presidency, which began to pivot towards Asia. It stemmed from the perceived potential threat of China and its security interests in Korea and the South China Sea⁶⁵. Former President Donald Trump's *America First* policy deepened these differences, clearly showing his lack of predilection for multilateral fora in favour of unilateralism or bilateralism, and withdrawing from several international agreements.

In 2019, the US left the Intermediate-Range Nuclear Forces Treaty, but it was the previous year's withdrawal from the Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA) nuclear deal with Iran that caused a clear rift between the US and the EU. The US administration's sceptical view

63 RUIZ, R., (2022) “Madrid, corazón de una nueva OTAN”, *Revista España de Defensa*, julio-agosto 2022, p. 8, retrieved from <https://www.defensa.gob.es/Galerias/gabinete/red/2022/07/p-6-19-red-396-coverotan.pdf> (accessed 06/11/2023).

64 AGGESTAM, L., y HYDE-PRICE, A., “Double Trouble: Trump, transatlantic relations and European strategic autonomy”, *Journal of Common Market Studies*, v. 57, Annual Review (issue S1), p. 123, retrieved from <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jcms.12948?campaign=woletoc> (accessed 09/02/2023).

65 SWEENEY, S., y WINN, N., “EU security and defence cooperation in times of dissent: analysing PESCO, the European Defence Fund and the European Intervention Initiative (EI2) in the shadow of Brexit”, *Defence Studies*, 20 (3), 2020, p. 230.

of the EU as a supranational organisation that reduces the national sovereignty of its members and competes economically with the US has conditioned the reaction of Americans. They see these defence initiatives as an attempt to replace NATO and limit Washington's influence on the European continent⁶⁶. The use of susceptible terms such as “strategic autonomy”, “European army” or “sovereignty” in the discourse of European leaders risks undermining the stability of an already weak status quo.

New European defence initiatives to develop response capabilities argue for investing more efficiently and saving on high costs that could not be borne autonomously, so that no European country could afford to purchase the necessary amount of strategic assets.

In the case of PESCO, NATO's 2018 Joint Statement welcomed the EU's efforts to strengthen European security and defence to better protect the Union and its citizens and contribute to peace and stability in the vicinity and beyond, while the EU's efforts will also strengthen NATO. While welcoming PESCO for its ability to benefit NATO, Jens Stoltenberg⁶⁷ identified three criteria to be met: coherence, availability of European capabilities in the transatlantic framework, and openness to non-European NATO members.

US concerns were reflected in a letter to Mogherini from two US officials, Ellen Lord and Andrea Thompson, who expressed concern that the approval of the EDF regulations and PESCO's general conditions could jeopardise the development of EU capabilities in a way that would lead to duplication, non-interoperable military systems, diversion of scarce defence resources and unnecessary competition between NATO and the EU.

There was also a call for the participation of third countries in PESCO, which is currently only envisaged in exceptional cases and for a limited duration. The potential exclusion of non-European members is perceived by many as an obstacle to acquiring lower-quality capabilities. This would affect technological development and damage interoperability between organisations, which would be contrary to the Joint Declaration. Some EU members have hindered an agreement due to concerns over the possible influence of the US defence industry⁶⁸, and it remains a pending issue on the European agenda.

VI. FUTURE COOPERATION AND THE PARTICIPATION OF THIRD STATES

PESCO's relationship with non-EU third states has caused friction between members, with some seeking to preserve European exclusivity in capability development, while others

66 BRATTBERG, E., y VALÁŠEK, T., “EU Defense Cooperation: Progress Amid Transatlantic Concerns”, *Carnegie Endowment for International Peace*, 2019, p. 7, retrieved from https://carnegieendowment.org/files/WP_Brattberg_Valasek_EU_Def_Coop_v3.pdf (accessed 22/01/2023).

67 STOLTENBERG, J. “Doorstep by NATO Secretary General Jens Stoltenberg at the start of the European Union Foreign Affairs Council in Defence format”, *NATO*, 2017, retrieved from <http://www.nato.int> (accessed 14/03/2023).

68 BRATTBERG, E., y VALÁŠEK, T., “EU Defense Cooperation: Progress Amid Transatlantic Concerns”, *Carnegie Endowment for International Peace*, 2019, p. 16, retrieved from https://carnegieendowment.org/files/WP_Brattberg_Valasek_EU_Def_Coop_v3.pdf (accessed 22/01/2023).

have argued for the benefits of allowing the external countries with strong industry and high technology to participate.

The exclusion of non-European or non-EU NATO states, such as the United States, Canada, Norway, or the United Kingdom, could become inefficient in the future⁶⁹. The complementarity and participation of these countries would help to make projects more ambitious and avoid sub-optimal results in the final capabilities, as well as benefit transatlantic relations. The US expressed its dissatisfaction with the refusal of possible involvement in these pan-European projects, even hinting at the imposition of similar restrictions on European companies operating in the US⁷⁰. In the face of these statements, Federica Mogherini, as High Representative at a press conference in May 2019, bluntly stated that the EU would remain open to US companies and equipment. She also stated that there was no *Buy European Act*, where around 81% of international contracts go to US companies in Europe⁷¹.

In May 2018, Belgium, the Netherlands, and Luxembourg submitted a paper supported by 10 other European countries (Lithuania, Estonia, Latvia, Poland, Slovakia, Czech Republic, Bulgaria, Portugal, Sweden, and Finland) on the participation of third states. The paper noted that certain PESCO projects can benefit from the participation of non-EU countries in terms of providing capacities, specific expertise or financial contributions that are useful for capacity building or operations⁷².

Council Decision (CFSP) 2017/2315 indicated in Article 9 that the formula for allowing the entry of third countries shall be adopted by the Council acting unanimously. Although the Council Decision on the general conditions for the exceptional participation of third states in PESCO projects was expected in November 2018, it was not until the end of 2020 that an agreement was reached in the Council. Council Decision (CFSP) 2020/1639 stipulates that countries wishing to participate in a PESCO project must apply to the project coordinators, who together with the other participants decide unanimously on their inclusion. Once accepted, the High Representative and the Council shall be notified and the final decision on the country's participation shall be taken by the Council on the basis of the general conditions set out in Article 3 of that Council Decision. Following a favourable decision by the Council, a formal response to the request shall be sent by the relevant project coordinator. Once accepted, the project members shall negotiate an administrative arrangement and a review mechanism to ensure that the country continues to meet the required conditions.

69 *Ibid.* p. 21.

70 MILLS, C., "EU defence: the realisation of Permanent Structured Cooperation (PESCO)" *House of Commons Library*, retrieved from <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8149/CBP-8149.pdf> (accessed 24/04/2023).

71 MOGHERINI, F., "Remarks by High Representative/Vice-President Federica Mogherini at the press conference following the Foreign Affairs Council (Defence)" *European External Action Service (EEAS)*, 2019, retrieved from https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/62387/remarks-high-representativevice-president-federica-mogherini-press-conference-following_en (accessed 10/02/2023).

72 BARIGAZZI, J. "Door opens to keep Britain in EU (security)", 2018, retrieved from <https://www.politico.eu/article/europe-defense-pesco-military-extend-cooperation-to-non-eu-countries-say-benelux-countries/> (accessed 23/11/2022).

The conditions imposed by the Council allow valuable partners such as the United States and the United Kingdom to participate, while automatically eliminating the possibility of countries such as Russia, China and possibly Turkey from joining. As set out in Council Decision (CFSP) 2020/1639, these countries do not have the capacity to influence the direction of PESCO policy set in the Council, nor would they be full members of the Council. Therefore, their influence would be limited to the scope of the projects in which they participate. Keeping the UK linked to the CSDP is of great interest to the EU, since it maintains a large defence budget in Europe and a huge military capability, including nuclear deterrence.

The revised Political Declaration published on October 17, 2019, which set out the framework for the future relationship between the EU and the UK, laid the basis for future negotiations on cooperation by opting for a flexible path of rapprochement⁷³. As a result, UK participation in PESCO-sponsored projects at the invitation of the Council was considered, although both sides must retain their respective strategic autonomy and freedom of action backed by their respective strong national defence industrial bases.

Irrespective of this, the importance of the German-British arms alliance was to be consolidated, and Kramp-Karrenbauer⁷⁴ declared that Britain could not be categorically excluded from EU programmes, as the guiding principle of all EU measures should be to strengthen Europe. The House of Lords pushed for the negotiation of European Security Observer status because of concerns about losing the ability to influence decision-making and leadership on European defence issues⁷⁵. Despite some support for this proposal, some detractors criticised London's claims, prompting comments such as those of Luxembourg's Prime Minister. He summed up the situation triggered by Brexit: "The British were in many opt-outs, and now that they are out, they want many opt-ins"⁷⁶. However, this opposition was not as important as the need to have an existing agreement with the EU on information security, which would involve additional negotiations, and which could make it difficult for the UK to participate in PESCO projects.

European strategic autonomy in security and defence will inevitably require cooperation with third states, especially non-EU NATO members. Therefore, Council Decision (CFSP) 2020/1639 represented a step forward for the pursuit of PESCO projects due to an increased supply of funding and expertise that can help to achieve European defence autonomy in the long term. The incorporation of third States would contribute to the achievement of the goals established and identified with the twenty most binding commitments signed by the participating Member States. In an optimal scenario of operation of the CEP and in which the

73 MILLS, C., "Brexit and UK defence: an explainer", Briefing Paper 8676, *House of Commons Library*, 2020, retrieved from <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8676/> (accessed 23/04/2023).

74 KRAMP-KARRENB AUER, A., "Kramp-Karrenbauer in London: Speech by the Minister of Defence", *Federal Ministry of Defence*, 2020, retrieved from <https://www.bmvg.de/en/the-minister-of-defence/akk-kramp-karrenbauer-london-speech-minister-of-defence-175342> (accessed 15/03/2023).

75 SWEENEY, S., y WINN, N., "EU security and defence cooperation in times of dissent: analysing PESCO, the European Defence Fund and the European Intervention Initiative (EI2) in the shadow of Brexit", *Defence Studies*, 20 (3), 2020, p. 235.

76 BCL Solicitors, "Opting In, Opting Out: The Prospects for EU-UK Cooperation in Criminal Cases, Post-Brexit", 2018, interview a John Binns, retrieved from <https://www.bcl.com/opting-in-opting-out-the-prospects-for-eu-uk-cooperation-in-criminal-cases-post-brexit/> (accessed 19/02/2023).

effective development of the projects is achieved, it will be one step closer to achieving a true definition of the strategic autonomy to which the EU aspires and the determination of the role it wants. stand out as a global actor⁷⁷.

No single European industry has the ability to meet major technological challenges compared to the US, China or Russia⁷⁸, due to the increasing technological sophistication of the defence industry, which requires greater investment to maintain the same capabilities. Technological competitiveness in the defence sector leads to an annual increase in the price per unit produced of between 5 and 10%⁷⁹, which is significantly higher than the annual increase in defence budgets. The European solution, to which Spain is committed, is to participate in collaborative projects that allow economies of scale to be exploited to reduce costs and ensure supply.

Both PESCO and EDF projects aim to boost the defence industry by making them more visible within the European single market. The EDF is an opportunity to participate in research projects, where the Fund finances this section 100%. While the development section requires a co-financing commitment, where €1 billion per year of the EDF is shared between the participating countries, out of a budget of €10 billion of the 2022 national budget, only Chapter 6, which covers real investments, is about €3.6 billion⁸⁰.

Spain contributes 9% to the EU budget, which is what fuels the EDF. In the event that co-financing is not secured for projects involving Spanish companies, this percentage will be used to finance companies from other States as part of the Fund. Strengthening the EDF is necessary alongside other sources of funding such as *Horizon Europe* or the *Digital Europe Programme*⁸¹, but requires a commitment to co-financing as well as institutional support.

VII. THE WAR IN UKRAINE AND THE PROTECTION OF EUROPEAN BORDERS

Russia's rationale for invading Ukraine in 2022 is not too far removed from that already put forward in the case of Crimea in 2014, in the sense of defending the pro-Russian population of

77 CÓZAR MURILLO, B., "La cooperación estructurada permanente y la participación de terceros estados", *Revista General de Derecho Europeo*, n. 53, 2021, retrieved from https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423312&d=1 (accessed 30/10/2023).

78 ARTEAGA, F. y SIMÓN, L., "El Fondo Europeo de Defensa y el futuro de la industria española", *Real Instituto Elcano Policy Paper*, enero 2019, p. 32, retrieved from <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/10/policy-paper-2018-fondo-europeo-defensa-futuro-industria-espanola.pdf> (accessed 21/03/2023).

79 IANAKIEV, G- "A Game Changer for European Defence Industrial Collaboration", *ARES Policy Pap.*, v. 48, 2019, retrieved from <https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2019/11/ARES-48.pdf> (accessed 21/03/2023).

80 MINISDEF, Presupuesto de Defensa 2022, retrieved from <https://www.defensa.gob.es/defensa/presupuestos> (accessed 29/05/2023).

81 COUNCIL OF THE EU, "A Strategic Compass for Security and Defence – For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security". 21/03/2022, retrieved from <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/03/21/a-strategic-compass-for-a-stronger-eu-security-and-defence-in-the-next-decade> (accessed 01/06/2023).

Ukraine, but it also added the express will to demilitarise and ‘denazify’ Ukraine. For Russia, the current Ukrainian government is not legitimate as it is the continuation of the government that emerged after the 2014 Euromaidan uprisings, where civil society successfully forced the resignation of the then Yanukovych government by demonstrating in favour of closer ties with Russia instead of the EU⁸².

In the current conflict, Russia has even invoked the right to legitimate self-defence under Article 51 of the UN Charter against the United Nations, citing similar precedents by Western states in Kosovo, Syria, and Libya⁸³. It should be recalled that Russia has always had dubious motivations in various European territories, especially in the Balkans and much of Eastern Europe due to geostrategic backgrounds. This has highlighted the need to reinforce the European Security Strategy set out in 2016 and to work towards the creation of a joint rapid response mechanism for the possible not-too-distant future.

For the first time, the EU has acted collectively in support of Ukraine, allocating more than €1 billion to the European Peace Facility, created in March 2021, for the supply of military equipment. The question is whether this supply of arms is strategically effective, since the Ukrainian authorities, with more weapons and resources at their disposal, may inexorably prolong the armed conflict and thus the suffering of the population.

Given that diplomacy as a peaceful means of conflict resolution, including through the UN Secretary-General under Chapter VI of the UN Charter, has so far failed to produce the desired results in the current war and humanitarian situation. Direct armed intervention by EU countries would involve NATO in legitimate collective self-defence, which is in any case not desirable for any of the parties. Additionally, no reaction from the EU would have been a clear gesture of neglect and hypocrisy.

While it appears evident that Russia can cause problems of various kinds in the short or long term, positions on relations with Russia are very diverse and disparate, as there is no solid and common foreign policy vision on the Russian issue. A fragmented position is an additional challenge for the EU in establishing an effective foreign and defence policy.

On numerous occasions, the EU’s territorial security has been compromised by Russia to generate uncertainty or put the European defence system to the test. Furthermore, the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy points to the need to resolve crises with its closest neighbours in order to be seen as an important player in the

82 ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., “La secesión en derecho internacional: el caso de Crimea”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos 142/2014*, 2014, retrieved from https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2014/DIEEEO142-2014_Secesion_DchoInternacional_Crimea_MA.Acosta.pdf (accessed el 11/1/2023).

83 UNITED NATIONS, “Carta de fecha de 24 de febrero de 2022 dirigida al secretario general por el representante permanente de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas”, Document S/2022/154, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/268/19/PDF/N2226819.pdf?OpenElement> (accessed el 21/02/2023).

global geographical and political framework⁸⁴. For example, Pedro Sánchez's visit in 2021 to a Lithuanian military base with the Lithuanian President, Gitanas Nausėda, had to be suddenly cancelled when he was informed of the interception of two Russian planes, forcing the military forces to deploy⁸⁵.

One of the issues that has become evident with the war in Ukraine is the need to enhance European defence capabilities beyond the development of PESCO. In this context, at the European Council of March 11, 2022 in Versailles, Heads of State and Government reaffirmed their commitment to take greater responsibility for their own security, pursue a strategic approach to defence and increase their capacity to act autonomously. In addition, they called for the strengthening and reinforcing EU-NATO cooperation and increased investment in defence capabilities and innovative technologies, through a substantial increase in defence spending.

All this has materialised with the adoption of the new Strategic Compass on security and defence, approved by the Council on March 21, 2022, which not only considers Russia as a direct and long-term threat, and China as an economic competitor and systemic rival, but also includes the creation of a permanent response force. In strong support for the Ukrainian authorities, the possibility of an EU military training assistance mission to Ukraine, which would have a high political value, was raised at the Defence Ministers' meeting on August 29, 2022. Finally, in October, the EU Council established Operation EUMAM Ukraine⁸⁶.

This new political landscape, in addition to the Russian threat, has prompted Denmark, an EU Member State that was outside the Common Security and Defence Policy, to hold a referendum to join said Policy, with an overwhelming majority in favour. In addition, increased defence investment was established, reaching up to 2% of GDP. However, there is no adequate strategic plan regarding greater efficiency in what is provided, which, in parallel with an effective development of PESCO, can lead to enormous problems of uncoordinated and duplicated capabilities on the part of states.

On top of this, Russia has used other forms of disruption to create internal instability within the EU, and has been found to be involved in launching fake news campaigns and cyber-attacks on European computer systems. In this sense, by spreading false news or certain information campaigns⁸⁷, Russia could have influenced the rise to power of the far-right, the rise of independence movements and interfered in European electoral processes.

84 EUROPEAN PARLIAMENT, "Hearing with High Representative/Vice President-designate Josep Borrell", Referencia 20190926IPR62260, 2019, retrieved from <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190926IPR62260/hearing-with-high> (accessed 23/03/2023).

85 ELORDI CUÉ, C., "¡Es alfa! ¡Es alfa! ¡Es una alerta real!": un aviso por el vuelo de dos aviones rusos obliga a interrumpir la rueda de prensa de Sánchez en una base de Lituania", *Diario El País*, 2021, retrieved from <https://elpais.com/espana/2021-07-08/interrumpida-la-rueda-de-prensa-de-sanchez-en-una-base-militar-de-lituania-por-la-salida-de-un-eurofighter.html> (accessed 26/06/2023).

86 EUROPEAN COUNCIL, "Ucrania: la UE pone en marcha la Misión de Asistencia Militar", comunicado de prensa de 15 de noviembre de 2022, retrieved from <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/11/15/ukraine-eu-launches-military-assistance-mission/> (accessed 16/12/2022).

87 MARTÍNEZ CRISTÓBAL, D. "The current perspective on sharp power: China and Russia in the era of (dis)information", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n. 42, 2021, retrieved from

EU-Russia relations are delicate, with various stages of brief rapprochements and major tensions that can be used as a motivation to develop an efficient and independent defence policy. Despite the attempt at a complete shutdown towards Russia and beyond the border situation, another concern in the EU is that Russia positions itself as an energy supplier, mainly of gas. The cessation of supplies has been used to generate pressure, forcing the Union to negotiate due to European energy dependence.

The development of the conflict is leading to an uncertain outcome, as initially there was some guarantee of a Russian victory. However, Putin's strategy and the military means at his disposal are failing largely due to the seemingly unwavering support of Western countries, not only economically but also militarily. Five options are presented, all of which are conceivable. They include a complete Russian victory and the overthrow of Zelensky; a partial Russian victory, with Ukraine divided and Zelensky's government or successors in the western part of the country only; a negotiated settlement; Russian withdrawal and Putin's overthrow; a war between Russia and NATO.

The future is, in any case, uncertain, leading to dramatic consequences, especially if the conflict is prolonged. It presents a regional confrontation with immense global effects, especially in economic and geostrategic aspects, with repercussions for society in terms of rising food prices, energy supplies and inflation. Moreover, its resolution is likely to change the balance of power on the international stage between the major powers.

VIII. CONCLUSIONS

The CFSP, and in particular the EU's CSDP, is the area that has made the least progress, marked by a false sense of security provided by NATO's primacy in collective defence. The absence of obvious threats after the end of the Soviet Union led Member States to exclude security and defence from the European integration project. The result is an intergovernmental CSDP in which states retain their national sovereignty and the realisation of a common vision is hampered by divergent strategic cultures. Fragmentation and a degree of protectionism have resulted in a series of isolated national forces with low levels of readiness and interoperability, and a dependence on the US for any significant force deployment.

Today, NATO remains the cornerstone of collective defence and European security. However, following several events such as terrorist attacks on European soil, the EU has awakened from its lethargy by recognising the need to take responsibility for the defence of its own citizens, as expressed in the 2016 Global Strategy. Enthusiastic talk of a European strategic autonomy which would allow the EU to deploy military operations autonomously with its own capabilities has provoked a debate over whether more Europe means less or no NATO.

Following an analysis of their nature, and considering that both organisations have access to the same spectrum of national forces that can be used in the EU or NATO context, it can

<http://www.reei.org/index.php/revista/num42/articulos/the-current-perspective-on-sharp-power-china-and-russia-in-the-era-of-disinformation> (accessed 30/06/2023).

be argued that any enhancement of European capabilities will benefit NATO, while Member States will be able to use them when necessary under the NATO flag. For the US, European strategic sovereignty is a welcomed development, as it allows the EU to assume responsibility in all cases that fall outside the scope of Article 5 of the North Atlantic Treaty, which guarantees NATO's collective defence.

But of course, if Member States were to devote more funds to the development of their own military and civilian capabilities, autonomy would also have an industrial dimension, translating into increased procurement of European equipment. This is not a problem for NATO, as it is for the United States and its sceptical attitude, which is essentially economically motivated. A strengthening of Europe's technological and industrial base may be detrimental to US industry's sales in Europe.

The choice is therefore not between the EU and NATO, but between the national level and the European level. With limited defence spending by individual Member States, it is clear that if the EU is to increase its military and operational capabilities, European collaboration is essential. Thus, in recent years, various European initiatives have been launched in the field of defence. These include PESCO, whose objective is for the 25 participating Member States to collaborate on various projects such as the design and construction of aircraft and ships, the simplification and improvement of military mobility, and cybersecurity.

PESCO has the potential to fill the current gap in the EU's European defence integration capabilities. However, by relying on the will and participation of Member States, it risks falling short of the expectations that prompted its creation, a victim of uneven participation and commitment associated with different strategic cultures.

Industrial and operational progress will not help without a common position that reconciles the different strategic cultures and interests of the Member States. Germany's proposed Strategic Compass can make the EU a more coherent and effective actor, since building capabilities is as important as knowing what you want them for.

Five years on, it is still too early to see tangible results within PESCO. However, it is possible to consider its functioning, assessing the fulfilment of commitments already made by participating States and encouraging the submission of National Implementation Plans for evaluation. Of the 47 projects approved, there are capacity development priorities set by the CDP that are covered by more than one project, while others are not covered within PESCO. In addition, dispersing efforts by undertaking a large number of projects could prove to be a strategic mistake. The European projects signed in the EU-NATO Joint Declaration, and which respond to the needs set out by NATO, are being promoted by France, Germany, Italy, and Spain, key to meeting the objectives set.

Council Decision (CFSP) 2020/1639 has opened the door to the participation of non-European third States belonging to the Alliance in individual PESCO projects. It does, however, establish the exceptional nature of their admission, which will ultimately have to be approved unanimously by the Council of the 25 participating States, and which will require lengthy diplomatic negotiations that could provide additional funding, expertise and experience, particularly in the aftermath of the economic crisis resulting from the COVID-19 pandemic.

The Treaty of the European Union have played a major role in the development of EU defence policy. Together with the coalition with NATO and the joint work with the European Union, even though it is not a community policy but rather a coordinated one, major advances have been promoted. These include the European Union's 2016 Global Strategy, the birth of the MPCC (future General Headquarters) and the *Strategic Compass*, reaching up to the present day with the CSDP.

PESCO has the capacity to bridge capability and operational gaps in the CSDP, coordinated with the other European defence initiatives, with access to EDF funding and guided by a future Strategic Compass. It is the key factor in turning an ambition into a reality with a strong political will, where inaction is no longer an option.

The complexity of current world affairs will require not only peaceful instruments, such as negotiation and diplomacy, but also ultimately the use of military means within the framework of hard power. Any world power must have the economic and military capabilities to demonstrate how it can ensure the security and defence of its territory.

The reluctance of European partners to concede part of their sovereignty to the EU and to provide additional economic funds when there were other bodies guaranteeing European security, such as NATO, sidelined European Defence. In the face of emerging threats and deteriorating relations with the United States, coupled with Brexit, the EU must seek new defence policies to ensure its protection. It must also take integration a step further, putting an end to a period of internal crisis and ensuring greater unity among its members.

The Ukrainian conflict has highlighted the role of international organisations such as the United Nations, which has little force of authority. The European Union is strong and united, despite the fact that the prolongation of the war has caused the first cracks in its union. In addition, NATO and, above all, the United States, continue to play a game of Cold War-like politics.

EL TRATADO DE LISBOA Y EL DIÁLOGO TRANSATLÁNTICO: RELEVANCIA E INEFICIENCIAS

THE LISBON TREATY AND TRANSATLANTIC DIALOGUE: SIGNIFICANCE AND INEFFICIENCIES

ÁLVARO RENEDO-ZALBA *

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. OBJETO DE ANÁLISIS, REVISIÓN DE LITERATURA Y METODOLOGÍA. III. HALLAZGOS EMPÍRICOS. IV. IMPLICACIONES TEÓRICAS. V. CONCLUSIONES

RESUMEN: El desarrollo de estructuras institucionales no conlleva necesariamente una mayor efectividad en la interlocución diplomática. Tanto factores exógenos como endógenos pueden restar fluidez a la interacción entre actores internacionales, a pesar de aparatos diplomáticos reforzados. Un análisis del declive en el diálogo político entre EEUU y la UE, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa hasta la administración Trump, apoya empíricamente esta consideración. A pesar de que la UE contaba en ese periodo con la panoplia más extensa de instituciones de política exterior de su historia, no se evitó un declive en las relaciones políticas transatlánticas. Es más, el declive aceleró tras la creación de tales instituciones por el Tratado de Lisboa. Más de trece años después de la entrada en vigor del Tratado, una evaluación de su efectividad para el diálogo transatlántico es oportuna y necesaria. ¿Qué supuso el Tratado de Lisboa, desde su entrada en vigor hasta la administración Trump, para el diálogo político entre la UE y EEUU? ¿Por qué el Tratado de Lisboa fue ineficaz para fortalecer las relaciones políticas entre la UE y EEUU y evitar crecientes desavenencias transatlánticas a lo largo de las diferentes crisis de ese periodo?

ABSTRACT: *Enhanced institutional structures do not always entail increased efficiency in diplomatic interlocution. Both exogenous and endogenous factors may hinder smooth interaction between international actors, notwithstanding reinforced diplomatic frameworks. An analysis of waning political dialogue, between the US and the EU, from the entry into force of the Lisbon Treaty to the Trump administration, supports empirically this consideration. In spite of the EU having in place, during that period, the most extensive array of foreign policy institutions in its history, a decline in transatlantic political relations was not averted. What is more, the decline accelerated after the creation of such institutions by the Lisbon Treaty. Over thirteen years after the entry into force of the treaty, an assessment of its effectiveness within transatlantic dialogue is timely and necessary. What did the Lisbon Treaty, from its entry into force to the Trump administration, mean for EU-US political dialogue? Why was the Lisbon Treaty ineffective in strengthening EU-US political relations, and avoiding ever-increasing transatlantic rifts throughout the different crises of that period?*

PALABRAS CLAVE: *Diplomacia, Relaciones Transatlánticas, Tratado de Lisboa, Cumbres.*

KEYWORDS: *Diplomacy, Transatlantic Relations, Lisbon Treaty, Summits.*

Fecha de recepción del trabajo: 24 de abril de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 8 de noviembre de 2023.

* Álvaro Renedo Zalba es diplomático de carrera y Doctor en Seguridad Internacional por la UNED y European Doctoral School on the Common Security and Defence Policy (European Security and Defence College, European External Action Service). Este estudio resume los hallazgos de un proyecto de investigación que efectuó en Harvard Kennedy School (Belfer Center for Science and International Affairs) entre septiembre de 2019 y agosto de 2020, gracias al apoyo del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, y de la Fundación Rafael del Pino. Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva del autor.

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Lisboa entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Con objeto de impulsar el papel de la UE como actor global y fortalecer su capacidad de interlocución con socios estratégicos en el escenario internacional, el Tratado introdujo las siguientes innovaciones institucionales: un Presidente permanente del Consejo Europeo, un reforzado Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad/Vicepresidente de la Comisión Europea y un Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE). Estas innovaciones no han resuelto la complejidad del marco institucional de la política exterior de la UE, considerado policéntrico y multinivel¹, pero constituyen hitos institucionales y piezas claves del aparato diplomático de la UE más extenso hasta la fecha².

Sin embargo, la creación de instituciones no implica necesariamente una mayor efectividad en la acción diplomática. Factores exógenos y endógenos pueden inhibir la eficacia de aparatos diplomáticos reforzados. En el caso de las relaciones transatlánticas, se viene aceptando que, desde la administración Clinton hasta la administración Trump, hubo un declive debido fundamentalmente a factores exógenos, algunos de naturaleza estructural, analizados exhaustivamente por la literatura: el fin de la guerra fría y del “cemento cohesivo” del bloque transatlántico³; fuertes tensiones comerciales que derivaron incluso en “guerras comerciales”⁴; el viraje hacia el Indo-Pacífico de la diplomacia estadounidense⁵; el impacto colectivo en la relación de

-
- 1 GRZESZCZAK, R., & KAROLEWSKI, I., *The Multi-level and Polycentric European Union: Legal and Political Studies*, Lit, Berlin; Global, London [distributor], 2012; WALLACE, H., POLACK, M., & YOUNG, A., *Policy Making in the European Union*, 6ta ed., pp. 441-444, Oxford University Press, Oxford, 2010.
 - 2 KOOPS, J. A., & TERCOVICH, G., “Shaping the European External Action Service and its post-Lisbon crisis management structures: an assessment of the EU High Representatives’ political leadership”, *European Security*, núm. 3, 2020, pp. 275-300; WALLACE, H., POLACK, M., & YOUNG, A., *Policy Making in the European Union*, 6ta ed., Oxford University Press, Oxford, 2010; AGGESTAM, L., & HEDLING, E., “Leaderisation in foreign policy: performing the role of UE High Representative”, *European Security*, núm. 3, 2020, pp. 301-319; SPENCE, D., & BATORÁ, J., *The European External Action Service: European Diplomacy Post-Westphalia*, Palgrave Macmillan Limited, London, 2015; HOWORTH, J., *Security and Defence Policy in the European Union, The European Union Series*, 2da ed., Palgrave Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 2014, p. 53; TELÓ, M., & PONJAERT, F., *The EU’s Foreign Policy: What Kind of Power and Diplomatic Action? Globalization, Europe and Multilateralism*, Ashgate, Farnham, Surrey, 2013; BALFOUR, R., & RAIK, K., *Equipping the European Union for the 21st Century: National Diplomacies, The European External Action Service and the Making of EU Foreign Policy*, FIIA (The Finnish Institute of International Affairs), Helsinki, 2013; HOWORTH, J., “The ‘new faces’ of Lisbon: Assessing the performance of Catherine Ashton and Herman van Rompuy on the global stage”, *European Foreign Affairs Review*, núm. 3, 2011, pp. 303-323.
 - 3 CHOPIN, T., “Après Lisbonne, ¿Quelles Perspectives Pour La Relation Transatlantique ?”, *French Politics, Culture & Society*, núm. 2, 2011, pp. 105-114; SHAPIRO, J., & WITNEY, N., “Towards a Post-American Europe: a power audit of EU-US Relations”, *European Council on Foreign Relations*, 2 de noviembre de 2022; GOLDBERG, J., “Europe Wins, Then Loses Its Will to Struggle”, *The Atlantic*, 10 de noviembre de 2009, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2009/11/europe-wins-then-loses-its-will-to-struggle/29887/>
 - 4 PETERSON, J., “Europe and America in the Clinton Era”, *Journal of Common Market Studies*, núm. 32 (3), 1994, pp. 411-426; PACKARD, C., “Trump’s Real Trade War Is Being Waged on the WTO”, *Foreign Policy* 9 de enero de 2020.
 - 5 SMALL, A., “Why Europe is getting tough on China and what it means for Washington”, *Foreign Affairs*, 3 de abril 2019; POMPEO, R. M. “America’s Indo Pacific Economic Vision”, *U.S. Mission to ASEAN*

las múltiples crisis en la década de 2010 y los planteamientos diferenciados por parte de la UE y EEUU para afrontar dichas crisis⁶, *v. gr.* económica y financiera, migratoria y de refugiados, invasión rusa de Georgia y anexión de Crimea⁷, Brexit; el aumento de las corrientes populistas y nacionalistas⁸; y la hostilidad hacia la UE y el multilateralismo por parte de la administración Trump, entre otros⁹.

En este contexto marcado por múltiples factores de declive, es preciso analizar el rendimiento específico para el diálogo transatlántico de las instituciones de política exterior establecidas por el Tratado de Lisboa, a fin de identificar posibles ingredientes endógenos de ineficiencia que hayan podido contribuir asimismo al declive. Dicho análisis no ha sido brindado por la literatura y resulta oportuno dado el carácter estratégico de la asociación transatlántica: la UE y EEUU representan a más de 778 millones de ciudadanos¹⁰, el 50% del consumo personal global, un tercio del PIB global (en términos de poder adquisitivo), 5,6 billones de dólares en ventas comerciales por año, el 75% del contenido digital producido globalmente y los flujos de datos de mayor volumen y velocidad del mundo¹¹. Sus valores comunes —democracia liberal, derechos humanos y Estado de Derecho— se consideran cimientos de la civilización occidental, y la cooperación a través de la OTAN —la mayoría de cuyos miembros también son miembros de la UE— es la piedra angular del sistema transatlántico de seguridad¹². Además, un análisis específico de la relación entre el Tratado de Lisboa y el diálogo transatlántico cobra especial relevancia a la luz del declive acelerado en el diálogo de alto nivel UE-EEUU

AN, 2018, <https://asean.usmission.gov/sec-pompeo-remarks-on-americas-indo-pacific-economic-vision/>; NYE, J. S., “China’s re-emergence and the future of the Asia-Pacific”, *Survival*, núm. 4, 1997, pp. 65-79; JAIN, P., “The Emerging Significance of Indo-Pacific: Japan, China, US and the Regional Power Shift”, *East Asian Policy*, núm. 4, 2018, pp. 24-36; SENDAGORTA, F., “The Triangle in the Long Game”, *Belfer Center for Science and International Affairs*, 2019.

- 6 RIDDERVOLD, M., & NEWSOME, A., *Transatlantic relations in times of uncertainty: crises and EU-US relations*, Routledge, 2018.
- 7 KAISER, K. “Ukraine: Root causes of a prolonged conflict”, *Belfer Center for Science and International Affairs*, 23 de enero de 2019.
- 8 NORRIS, P., & INGLEHART, R., *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and the Rise of Authoritarian Populism*, Cambridge University Press, New York, Cambridge, 2019; FABBRINI, S., *Europe’s Future: Decoupling and Reforming*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom; New York, NY, 2019.
- 9 SMITH, M., “The EU, the US and the Crisis of Contemporary Multilateralism”, *Journal of European Integration*, núm. 5, 2018, pp. 539-553.
- 10 Después del Brexit, la UE tiene 447 millones de habitantes (European Union, 1 de enero de 2021, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_and_population_change_statistics) y la población de EEUU el 1 de enero de 2021 fue de 331,696,751 (US Census Bureau, 2021, <https://www.census.gov/>).
- 11 Los flujos de datos transatlánticos ocupan el primer lugar en el mundo; son un 50% mayores que los flujos de datos entre EEUU y Asia en términos absolutos y cuatro veces mayores en términos per cápita (HAMILTON, D. S., & QUINLAN, J., *The Transatlantic Economy 2020: Annual Survey of Jobs, Trade and Investment between the United States and Europe*. Foreign Policy Institute, Johns Hopkins University SAIS, Washington DC, 2020; GARDNER, A., *Stars with Stripes: The Essential Partnership between the European Union and the United States*, Palgrave Macmillan, 2020).
- 12 SLOAN, S.R., *Defense of the West: NATO, the European Union and the Transatlantic Bargain*, Manchester University Press, Manchester, 2016.

registrado precisamente desde la entrada en vigor del Tratado¹³ ilustrado de manera especialmente llamativa por la interrupción durante siete años (2014-2021) del sistema de Cumbres UE-EEUU.

II. OBJETO DE ANÁLISIS, REVISIÓN DE LITERATURA Y METODOLOGÍA

Este estudio aborda dos preguntas de investigación claves:

- 1) ¿Qué supuso el Tratado de Lisboa, desde su entrada en vigor hasta la administración Trump, para el diálogo político de alto nivel UE-EEUU?
- 2) Desde la perspectiva de EEUU, ¿por qué las instituciones de política exterior creadas por el Tratado de Lisboa fueron ineficaces para promover, durante dicho periodo de análisis, el diálogo político de alto nivel entre la UE y los EEUU?

El diálogo entre actores internacionales es un fenómeno que no es directamente observable y cuya conceptualización presenta parámetros relativamente abstractos, tradicionalmente asociados a interacciones entre actores políticos en la sociedad internacional¹⁴. Este estudio se basará en la siguiente definición operativa de diálogo político transatlántico: interacciones directas entre representantes políticos de alto nivel de la UE como tal y EEUU (*i.e.* Presidentes de instituciones de la UE, Presidente de EEUU, Alto Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Secretario de Estado de EEUU, y representantes de alto nivel de los departamentos ejecutivos federales de EEUU y de la Comisión Europea o sus representantes).

Si bien la literatura sobre el diálogo transatlántico es extensa y multidisciplinaria, este estudio analizará, específicamente, la relación entre las instituciones del Tratado de Lisboa y el

13 RENEDO, A., “The Lisbon Treaty and Transatlantic dialogue: impact and inefficiencies”, en MOLÁR, A., ASDERAKI, F., & PAILE-CALVO, S., (eds.) *Challenges of the Common Security and Defence Policy*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, pp. 98-99.

14 Como indica la Escuela Inglesa de Teoría de las Relaciones Internacionales, los actores internacionales están “obligados a manejar las consecuencias del hecho de que disfrutaban de su independencia no de manera absoluta y aislada, sino en un marco de interdependencia” (WATSON, A., *Diplomacy: The Dialogue Between States*, 1era ed., Routledge, London, 1982, p.1, traducción del autor); por lo tanto, deben mirar hacia afuera y comunicarse con otros actores. Esta dinámica *ad extra* se ha considerado históricamente funcional —por ejemplo, la escuela francesa de objetivismo sociológico y la teoría del *dédoublement fonctionnel* de George Scelle, que postulaba que los Estados deben llevar a cabo funciones tanto internas como externas (SCELLE, G., “Les ambiguïtés d’une pensée prémonitoire”, *Revue d’histoire des facultés de Droit et de la science juridique*, núm. 25-26, 2006, pp. 339-406.) pero también ontológica, ya que los actores se dan cuenta de que la existencia de otros actores, y de que sus distintos intereses y propósitos inciden en los propios: “El cuerpo político”, escribió Rousseau, “se ve obligado a mirar fuera de sí mismo para conocerse a sí mismo” (citado en WATSON, A., *Diplomacy...*, *op.cit.*, p.1, traducción del autor). Por tanto, el diálogo se considera “la sustancia misma de la diplomacia” (WATSON, A., *Diplomacy...*, *op.cit.*, p.1, traducción del autor).

diálogo transatlántico en el sentido definido anteriormente. Para dicho propósito, la literatura existente presenta tres limitaciones: fragmentación, metodología y perspectiva.

La primera limitación —fragmentación— se da en el campo de estudio porque las instituciones del Tratado de Lisboa han tendido a ser estudiadas, frecuentemente, por separado. Si bien existen importantes aportaciones doctrinales, que, desde diferentes aproximaciones teóricas, han analizado en su conjunto las reformas institucionales del Tratado de Lisboa relativas a la política exterior de la UE y el impacto de dichas reformas en su papel como actor global en el escenario internacional¹⁵, la literatura se ha decantado con frecuencia por un enfoque analítico más sectorial —como es ciertamente lógico, para poder dedicar atención focalizada al rendimiento de instituciones concretas—. De ahí que la literatura se divida, a menudo, en tres áreas de enfoque: la literatura sobre el Servicio Europeo de Acción Exterior¹⁶; el rendimiento de Altos Representantes específicos¹⁷; y el rendimiento de Presidentes específicos del Consejo Europeo (esta área comprende la menor cantidad de literatura¹⁸). Esta fragmentación

-
- 15 *Vid.*, por ejemplo, KOEHLER, K., “European Foreign Policy after Lisbon: Strengthening the EU as an International Actor.”, *Caucasian Review of International Affairs*, núm. 4, 2010, pp. 57-72; ALDECOA LUZÁRRAGA, F., GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, pp. 207-237; LUCARELLI, S., VAN LANGENHOVE, L., WOUTERS, J., “The EU as a Multilateral Security Actor After Lisbon: Constitutional and Institutional Aspects”, en *The EU and Multilateral Security Governance*, Routledge, 2013, pp. 86-118; CARTA, C., “The EU’s Diplomatic Machinery.”, en *Routledge Handbook on the European Union and International Institutions*. vol. 1., Routledge, 2013. pp. 41-52; BOUCHARD, C., PETERSON, J., TOCCI, N., *Multilateralism in the 21st Century: Europe’s Quest for Effectiveness*, Routledge, 2014.
- 16 Entre ellos: BLOCKMANS, S., & WESSEL, R., “The EEAS at Ten: Reason for a Celebration?”, *European Foreign Affairs Review*, núm. 1, 2021, pp. 5-12, p.5; JØRGENSEN, K. E., & ET AL., “The EEAS Navigating Foreign Policy paradigms”, *European Politics and Society*, núm. 1, 2020, pp. 1-16; JOST-HENRIK, M.-P., *The Contested Diplomacy of the European External Action Service: Inception, Establishment and Consolidation*, Routledge, 2018; BALFOUR, R., CARTA, C., & RAIK, K. *The European External Action Service and National Foreign Ministries: Convergence or Divergence? Globalisation, Europe, Multilateralism Series*, Taylor and Francis, London, 2016; SPENCE, D., & BATORÁ, J., *The European External...*, *op.cit.*; BALFOUR, R., & RAIK, K., *Equipping the European Union...*, *op.cit.*; BALFOUR, R., & RAIK, K., *Equipping the European Union...*, *op.cit.*; BALFOUR, R., ALYSON, B., & KENNA, M., “The European External Action Service at work: How to improve EU Foreign policy, *EPC Issue Paper*, 2012, pp. 31-32.
- 17 Entre ellos: KOOPS, J. A., & TERCOVICH, G., “Shaping the European External Action Service...”, *op.cit.*; AGGESTAM, L., & HEDLING, E., “Leaderisation in foreign policy...”, *op.cit.*; CALCARA, A., “The hybrid of the High Representative in the security and defence field: more in 10 months than in the 10 years?” *European Security*, núm. 3, 2020, pp. 376-395; BASSIRI, A., & KIENZLE, B., “The High Representative and Directoires in European Foreign Policy: The case of the Nuclear Negotiations with Iran”, *European Security*, núm. 3, 2020, pp. 320-336; AMADIO, M., “Looking towards the East: The High Representative’s Role in EU Foreign Policy on Kosovo and Ukraine”, *European Security*, núm. 3, 2020, pp. 337-58; BREMBERG, N., “From ‘Partnership’ to ‘Principled Pragmatism’: Tracing the Discursive Practices of the High Representatives in the EU’s Relations with the Southern Mediterranean”, *European Security*, núm. 3, 2020, pp. 359-75; HOWORTH, J., “The ‘new faces’ of Lisbon...”, *op.cit.*; MÜLLER-BRANDECK, G., & RÜGER, C., *The High Representative for the UE foreign and security policy: review and prospects*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- 18 Entre ellos: HAGEMANN, S., “Politics and Diplomacy: Lessons from Donald Tusk’s Times as President of the European Council”, *European Journal of International Law*, núm. 3, 2020, pp. 1105-1112; BEACH, D., & SMEETS, S., “New Institutional Leadership – How the New European Council-Dominated Crisis

frecuente en la literatura, sin embargo, puede suponer un límite para determinados análisis que pretendan evaluar holísticamente el funcionamiento de las instituciones del Tratado de Lisboa, concebidas para trabajar conjuntamente. Por ejemplo, en lo concerniente al análisis de la relevancia de dichas instituciones para los fines específicos del diálogo transatlántico, al estudiar el impacto de las instituciones de forma aislada, se puede limitar la perspectiva más amplia de cómo interactúan entre sí, colectivamente, y qué impacto tienen en su conjunto sobre el diálogo de la UE con los EEUU.

La metodología de investigación utilizada es el segundo límite en el campo. Actualmente, la literatura académica sobre el rendimiento de las instituciones de política exterior del Tratado de Lisboa presenta una amplia mayoría de estudios cualitativos puros en lugar de estudios basados en metodologías mixtas de investigación (MMI)¹⁹. Si bien se podría argumentar que muchos de los temas en diplomacia y relaciones internacionales han recibido históricamente tratamiento cualitativo por su propia naturaleza, la falta de MMI en el campo es un detrimento. Por ejemplo, la inclusión de las MMI en el campo de la violencia social y el conflicto mejoró la comprensión de las estructuras, los agentes y los procesos, brindó la oportunidad de influir en un público académico y político más amplio, y mejoró la comprensión de los factores causales, las consecuencias y los posibles remedios para la violencia y el conflicto²⁰. Al igual que en el campo de la violencia social y los conflictos, las MMI abren significativas oportunidades en el campo del diálogo transatlántico, ya que sirven para verificar y reforzar puntos de vista existentes en la literatura, además de agregar niveles de complejidad y nuevos matices.

El tercer déficit principal en la literatura sobre diálogo transatlántico es, en general, la perspectiva analítica. Actualmente, existe una sobrerrepresentación de la perspectiva europea en la materia. A pesar de la importante investigación realizada sobre diálogo transatlántico por *think-tanks* estadounidenses (por ejemplo, GMFUS, Brookings, Carnegie, CSIS, Belfer Center for Science and International Relations), se reconoce que existe un déficit relativo en la literatura académica estadounidense sobre la materia, ya que otros campos han recibido más atención y recursos (v. gr., Oriente Medio e Indo-Pacífico). La mayor parte de la literatura en el campo está escrita por el lado europeo de la alianza o analiza los problemas desde una perspectiva

Governance Paradoxically Strengthened the Role of EU Institutions”, *Journal of European Integration*, núm. 6, 2020, pp. 837-854; TÖMMEL, I., “The Standing President of the European Council: Intergovernmental or Supranational Leadership?”, *Journal of European Integration*, núm. 2, 2017, p. 175; FABRINNI, S., & PUETTER, U., “Integration without Supranationalisation: Studying the Lead Roles of the European Council in Post-Lisbon EU Politics”, *Journal of European Integration*, núm. 5, 2016, pp. 481-495; PUETTER, U., “Europe’s Deliberative Intergovernmentalism: The Role of the Council and European Council in EU Economic Governance”, *Journal of European Public Policy*, núm. 2, 2012, pp. 161-78.

19 MMI es el tipo de investigación en la que un investigador o equipo de investigadores combina elementos de enfoques de investigación cualitativos y cuantitativos (por ejemplo, uso de puntos de vista cualitativos y cuantitativos, recopilación de datos, análisis, técnicas de inferencia) con el propósito de lograr más amplitud y profundidad de comprensión y corroboración (BURKE, R., ONWUEGBUZIE, A., & TURNER, L., “Toward a definition of mixed methods research”, *Journal of Mixed Methods*, núm. 2, 2007, pp. 112-133.).

20 THALER, K. M., “Mixed methods research in the study of political and social violence and conflict”, *Journal of mixed methods research*, núm. 1, 2017, pp. 59-76.

más europea²¹, como parece lógico. Sin embargo, cabe considerar que la infrarrepresentación del elemento estadounidense de la ecuación transatlántica puede dificultar análisis completos y generar, al tiempo, oportunidades perdidas para continuar profundizando en la comprensión de posibles ineficiencias en la implementación de las instituciones de política exterior de la UE para los fines del diálogo transatlántico. La incorporación de un número mayor de perspectivas estadounidenses sobre la eficacia de las instituciones de política exterior de la UE para el diálogo transatlántico podría aportar ideas nuevas y frescas a la base de la literatura.

Este estudio aborda la limitación de la fragmentación en la literatura mediante un análisis del impacto colectivo de las instituciones del Tratado de Lisboa en el diálogo transatlántico de alto nivel. Aborda la limitación metodológica por medio de un diseño de métodos mixtos de investigación secuenciales, cualitativos y cuantitativos, en virtud del cual un análisis cualitativo histórico es corroborado y ampliado por un análisis cuantitativo de datos. Los hallazgos resultantes se triangulan posteriormente con los recopilados a partir de ocho entrevistas cualitativas pautadas con altos cargos del Gobierno de EEUU. Los datos se utilizan de tres maneras: 1) para refinar el enfoque de la investigación dentro del período de análisis, y seleccionar índices fiables para medir la intensidad del diálogo político UE-EEUU, 2) para seleccionar a los entrevistados y calibrar las preguntas de la entrevista, y 3) para triangular y ayudar a ilustrar e interpretar los hallazgos.

El límite en la literatura relativo a la perspectiva se aborda incorporando hallazgos empíricos recopilados sistemáticamente de ocho entrevistas cualitativas pautadas a altos cargos del Gobierno de EEUU que participaron en episodios claves de diálogo transatlántico. Las entrevistas se realizaron entre el 1 de septiembre de 2019 y el 31 de agosto de 2020²². Hubo el mismo número de entrevistados por administración, de un total de cuatro administraciones: dos demócratas (Clinton y Obama) y dos republicanas (W. Bush y Trump). Los entrevistados: 1) eran altos cargos del Consejo de Seguridad Nacional o del Departamento de Estado, comunidades epistémicas²³ relevantes en EEUU para comprender las dinámicas y sensibilidades en los procedimientos de adopción de decisiones en materia de política exterior, 2) eran competentes en política europea, y 3) tenían acceso directo al Presidente de EEUU. Partiendo del supuesto de que los estudios centrados en la praxis diplomática pueden ayudar a inferir móviles de política exterior²⁴, las percepciones de ocho altos cargos estadounidenses de unidades de importancia clave de cuatro administraciones diferentes revelan un entendimiento común sobre factores que, desde su perspectiva, han restringido la eficacia del marco diplomático de la UE para el diálogo con EEUU. La información primaria producida es un indicador fiable de creencias causales compartidas y nociones de validez intersubjetiva en la élite diplomática de EEUU en relación con las instituciones de política exterior de la UE, dado que las entrevistas cualitati-

21 En el momento de realización de dicho estudio, una búsqueda booleana de “transatlántico” y “perspectiva estadounidense” arrojó 2.620 resultados, mientras que una búsqueda de “transatlántico” y “perspectiva europea” arrojó 7.780.

22 Las entrevistas se realizaron en el campus de Universidad de Harvard, en Washington DC o vía telemática.

23 HAAS, P. M., “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination”, *International Organization*, núm. 1, 1992, pp. 1-35.

24 SCHMITT, O., “How to challenge an international order: Russian diplomatic practices in multilateral security organizations”, *European Journal of International Relations*, núm. 3, 2020, pp. 922-946.

vas recopilan datos no solo sobre el comportamiento o las tendencias empíricas, sino también sobre “representaciones, sistemas de clasificación, establecimiento de límites, identidad, realidades imaginadas e ideales culturales”²⁵.

III. HALLAZGOS EMPÍRICOS

1. El Tratado de Lisboa y el diálogo transatlántico

Con objeto de abordar la primera pregunta de investigación (¿Qué supuso el Tratado de Lisboa, desde su entrada en vigor hasta la administración Trump, para el diálogo político de alto nivel entre la UE y EEUU?), este estudio parte de un análisis cualitativo histórico del diálogo transatlántico efectuado para los periodos previos y posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa²⁶, y realiza un análisis cuantitativo correspondiente basado en datos sistematizados que se refieren a tres medidas conductuales (cumbres UE-EEUU, reuniones sectoriales y visitas de la administración estadounidense a Bruselas), así como datos sobre relaciones comerciales entre la UE y EEUU e inversión extranjera directa. El análisis cualitativo histórico, que indica un declive progresivo en el diálogo político de alto nivel entre la UE y EEUU durante el período anterior al Tratado de Lisboa, así como un declive acelerado en el período posterior al Tratado de Lisboa²⁷, es corroborado y ampliado mediante el análisis cuantitativo. A los efectos de este estudio, el período de análisis anterior al Tratado de Lisboa comienza con la administración Clinton, durante la cual se adoptó la Nueva Agenda Transatlántica de 1995. El plazo posterior al Tratado de Lisboa comienza el 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado, y finaliza con la administración Trump inclusive.

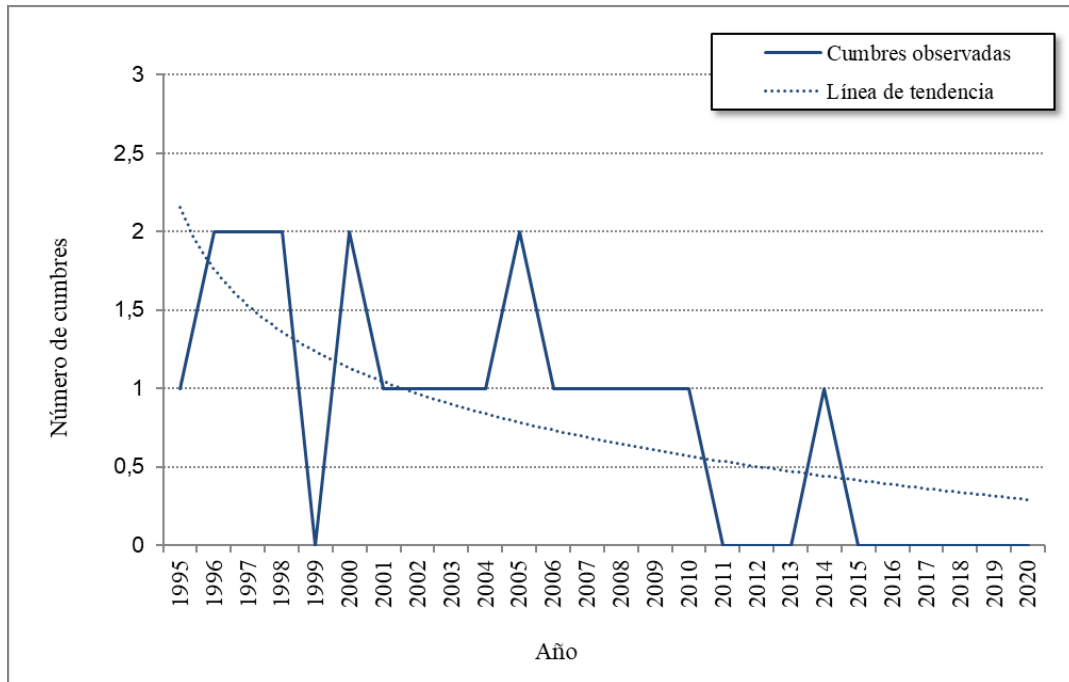
Los resultados de los análisis cualitativos y cuantitativos cruzados muestran que el Tratado de Lisboa fue ineficaz para promover el diálogo político de alto nivel entre la UE y EEUU y que, tras su entrada en vigor, se produjo un deterioro acelerado en dicho diálogo, que desembocó en un impasse de siete años en el funcionamiento del sistema de Cumbres UE-EEUU, que había funcionado prácticamente sin interrupciones desde 1995. Desde 1995 hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a finales de 2009, sólo hubo un año sin Cumbre UE-EEUU: 1999, año del juicio político del Presidente Bill Clinton en el Senado. Si bien en 2010 hubo una Cumbre, en 2011, 2012 y 2013 no hubo ninguna. En 2014 se celebró una Cumbre, seguida de un impasse de siete años hasta 2021. La Figura 2 muestra el declive en las visitas de la administración estadounidense a Bruselas.

25 LAMONT, M., & SWIDLER, A., “Methodological Pluralism and the Possibilities and Limits of Interviewing”, *Qualitative Sociology*, núm. 2, 2014, pp. 153-171, p. 160. Traducción del autor.

26 RENEDO, A., *The Lisbon Treaty and Transatlantic Dialogue: significance and inefficiencies*. Publications Office of the EU. Luxembourg. 2023, En Prensa.

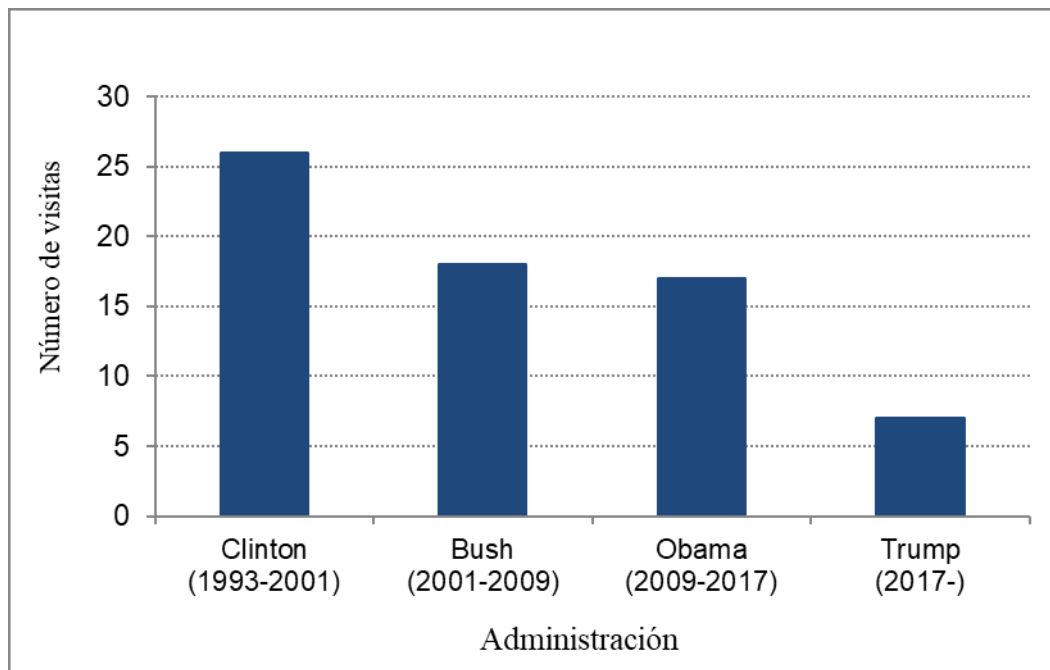
27 *Ídem*.

Figura 1: Cumbres EEUU – UE a lo largo del tiempo.



Fuente: Elaboración propia.

Figura 2. Visitas de la administración estadounidense a Bruselas.



Fuente: Elaboración propia.

Los hallazgos muestran, asimismo, una proliferación, desde la entrada en vigor del Tratado, de diálogos sectoriales de nivel político inferior.

Tabla 1: Diálogos y Foros Transatlánticos clasificados.

Diálogos y Foros Transatlánticos	Nº de reuniones	Año de la primera reunión
Diálogo Cibernético	6	2014
Consejo de Energía	8	2009
Foro de Regulación de Mercados Financieros	13	2014
Diálogo de Legisladores	83	Post 1995
Justicia y Asuntos de Interior	8	2009
Consejo Económico Transatlántico	8	2007
Diálogo Información y Sociedad	16	N/A

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2. Cumbres y Reuniones Sectoriales EEUU-UE.

Año	Diálogo Cibernético	Consejo de Energía	Foro de Regulación de Mercados Financieros	Justicia y Asuntos de Interior	Consejo Económico Transatlántico	Nº de Cumbres EE.UU-UE
1995						1
1996						2
1997						2
1998						2
1999						0
2000						2
2001						1
2002						1
2003						1
2004						1
2005						2
2006						1
2007					1	1
2008					2	1
2009		1		1	1	1
2010		1		0	1	1
2011		1		1	1	0
2012		1		0	0	0
2013		1		1	0	0
2014	1	1	2	0	0	1

Año	Diálogo Cibernético	Consejo de Energía	Foro de Regulación de Mercados Financieros	Justicia y Asuntos de Interior	Consejo Económico Transatlántico	Nº de Cumbres EE.UU-UE
2015	1	0	2	0	2	0
2016	1	1	3	1	0	0
2017	0	0	1	0		0
2018	1	1	1	2		0
2019	1		2	2		
2020	1		2			
Nº Total	6	8	13	8	8	21
Nº promedio por año						
1995-2006						1,33
2007-2020	0,86	0,80	1,83	0,73	0,80	0,42

Fuente: Elaboración propia.

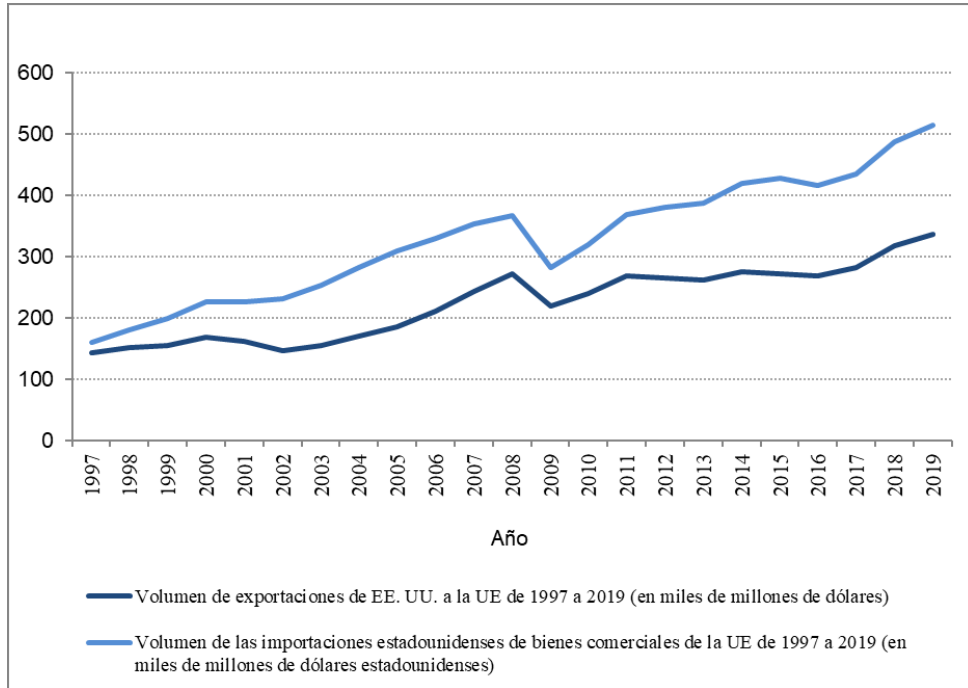
Al sopesar los posibles costes del declive acelerado registrado en el diálogo transatlántico de alto nivel, sobre la base de los precedentes históricos y la literatura, cabe concluir que el diálogo sectorial de nivel inferior no es funcionalmente equivalente al diálogo de alto nivel mediante cumbres de Jefes de Estado o de Gobierno²⁸, en atención a los siguientes fundamentos: 1) las cumbres sitúan la acción diplomática en manos de las máximas autoridades ejecutivas, abriendo la posibilidad de desbloquear acuerdos políticos y coyunturas críticas que pueden verse obstruidos en niveles inferiores de gobierno; 2) las decisiones adoptadas en las cumbres pueden tener consecuencias de gran alcance, que potencialmente trascienden los efectos de las decisiones políticas de nivel inferior, y pueden marcar decisivamente el curso de la historia; 3) las reuniones al máximo nivel político pueden fomentar la confianza y las relaciones interpersonales a nivel de Jefe de Estado o de Gobierno, un factor relevante para mejorar las relaciones interestatales y las dinámicas de gestión de crisis; 4) las cumbres abarcan un complejo abanico de componentes que incluyen no solo la cumbre en sí, sino las actividades circundantes (relativas a su preparación, implementación y seguimiento) que contribuyen al establecimiento de contactos intensos entre administraciones a diferentes niveles (*v. gr.* Embajadas, *sherpas*, oficinas de los Jefes de Estado o de Gobierno, Ministerios y Agencias).

A lo largo del período de análisis, la relación económica positiva se mantuvo constante, sugiriendo que los factores económicos y comerciales no ofrecen una explicación completa para el declive en el diálogo transatlántico, pudiendo discutirse hasta qué punto hubo estricta causalidad epifenomenal en las relaciones políticas y económicas UE-EEUU²⁹.

28 RENEDO, A., “The Lisbon Treaty and Transatlantic dialogue...”, 2022, *op.cit.*

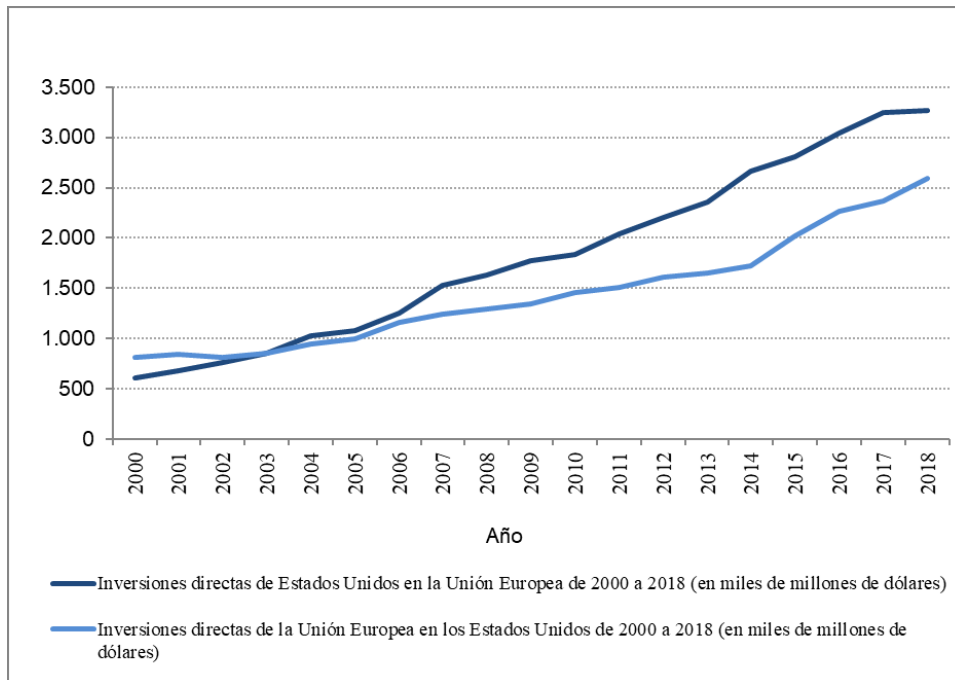
29 *Ibidem.*

Figura 3. Relación comercial de EE.UU. con la UE



Fuente: Elaboración propia.

Figura 4. Inversión Extranjera Directa (IED) EE.UU.-UE.



Fuente: Elaboración propia.

2. La perspectiva estadounidense

Con objeto de abordar la segunda pregunta de investigación (Desde la perspectiva de EEUU, ¿por qué las instituciones del Tratado de Lisboa, desde su entrada en vigor hasta la administración Trump, fueron ineficaces para promover el diálogo político de alto nivel entre la UE y los EEUU?), se analizan, a la luz de la literatura, los hallazgos empíricos recolectados sistemáticamente de ocho entrevistas cualitativas pautadas con altos cargos del Gobierno de EEUU que participaron en episodios claves de diálogo transatlántico. Los resultados de dicho análisis se triangulan luego con los del análisis cualitativo histórico y cuantitativo de datos. Los resultados de la triangulación de los tres niveles de análisis indican que, en lo que respecta al diálogo transatlántico, el Tratado de Lisboa no solo tuvo un rendimiento subóptimo; lo que es más, la puesta en marcha de sus instituciones de política exterior fue contraproducente para el diálogo transatlántico como consecuencia de tres factores inhibidores, endógenos de la UE y relacionados con la implementación de las instituciones del Tratado de Lisboa, que fueron identificados a la luz de las entrevistas y analizados con arreglo a la literatura existente.

A los efectos de este análisis, se entienden por factores endógenos circunstancias que han sido decididas internamente por la UE, dentro del margen de discrecionalidad otorgado por el Derecho primario y derivado de la UE, y que afectan el funcionamiento, la efectividad y la operatividad de las instituciones del Tratado de Lisboa. Los factores inhibidores endógenos identificados son: 1) los perfiles políticos de los titulares de las instituciones de política exterior de la UE; 2) el formato de las Cumbres UE-EEUU; y 3) la complejidad institucional y burocrática de la UE. Desde la perspectiva de la élite diplomática estadounidense, dichos factores han inhibido la eficacia para el diálogo transatlántico de las instituciones de política exterior creadas por el Tratado Lisboa. El primer factor se refiere a la relevancia de la acción humana individual (*human agency*) en procesos históricos y la asociación trazada por la psicología social entre liderazgo y perfiles y habilidades cognitivas; el segundo factor está relacionado con una praxis intraorganizacional disfuncional a la hora de estructurar Cumbres UE-EEUU; y el tercer factor está asociado a ineficiencias en los procedimientos decisorios en materia de política exterior de la UE derivadas de un diseño institucional subóptimo.

A) LOS PERFILES POLÍTICOS DE LOS TITULARES DE LAS INSTITUCIONES

Respecto al primer factor inhibidor (perfiles políticos de los titulares de las instituciones), la psicología social ha estudiado desde hace décadas cómo el comportamiento de los líderes en las negociaciones internacionales se ve afectado por su nivel de preparación, sus estructuras cognitivas y la semiótica intuitiva. La teoría de juegos de dos niveles (*two-level game theory*) señala que, sin perjuicio de los parámetros dados que puedan regir una negociación internacional, los negociadores tienen márgenes de autonomía que pueden resultar decisivos³⁰. En esta línea, se ha argumentado, a la luz de análisis históricos, que aspectos subjetivos de los negociadores (*v. gr.* preferencias y caracteres personales) pueden correlacionarse con resulta-

30 PUTNAM, R. D., "Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games", *International Organization*, núm. 3, 1988, pp. 427-60.

dos finales de las negociaciones. Además, el liderazgo en las negociaciones internacionales a menudo se relaciona con el respeto y la confianza, atributos que, lejos de constituir derechos de nacimiento, por lo general deben meritarse y ganarse³¹. Las instituciones de política exterior de la UE no escapan a esta lógica.

Es bien sabido que figuras políticas de relativamente bajo perfil han sido nombradas hasta la fecha como titulares de los puestos creados por el Tratado de Lisboa. Los sucesivos Presidentes del Consejo Europeo ha sido: Herman Van Rompuy (ex Primer Ministro de Bélgica), Donald Tusk (ex Primer Ministro de Polonia) y Charles Michel (ex Primer Ministro de Bélgica). Los Altos Representantes/Vicepresidentes de la Comisión han sido Catherine Ashton (ex Comisaria de Comercio de la UE), Federica Mogherini (ex Ministra de Asuntos Exteriores de Italia) y Josep Borrell (ex Presidente del Parlamento Europeo y ex Ministro de Asuntos Exteriores de España). Si bien dichas figuras pertenecen al selecto club de antiguos Jefes de Estado o de Gobierno, Ministros o Comisarios europeos, su prominencia internacional previa no puede compararse con la de figuras históricas de los “días de gloria del liderazgo europeo”, en palabras de un entrevistado refiriéndose a los años 80 y mediados de los 90. Por ejemplo, Jacques Delors, Helmut Kohl, François Mitterrand y Margaret Thatcher coincidieron en sus respectivos cargos, presidieron instituciones clave de la UE (Comisión Europea o Consejo Europeo) y “aumentaron el perfil de poder del liderazgo de la UE”. Hubo consenso entre los entrevistados en que la prominencia internacional de los líderes de las instituciones de la UE post-Lisboa no puede compararse, además, con la de otros candidatos rivales que se barajaban para los puestos creados por Lisboa; varios de dichos rivales eran pesos pesados de política exterior, muy conocidos y respetados. Un ejemplo es la supuesta candidatura para Presidente del Consejo Europeo, nunca hecha oficial, de Tony Blair, ex primer ministro del Reino Unido. Blair fue percibido como “demasiado atlantista, demasiado propenso a la grandilocuencia política y demasiado impredecible”³². Al final, Herman Van Rompuy fue nombrado como primer Presidente del Consejo Europeo —figura a la que corresponde la más alta representación internacional de la UE en materia de PESC³³—. Un entrevistado, en el cargo en ese momento, recordó que cuando el belga fue nombrado, pensó: “no sabía quién era; nunca antes le he visto la cara”. Similares dinámicas han sido identificadas en los procedimientos de nombramiento de sucesivos Altos Representantes³⁴.

La mayoría de los entrevistados atribuyó a consabidas razones estructurales la falta de apetito en los Estados miembros para nombrar a figuras de alto perfil como jefes de las instituciones de la UE. Clete R. Willems³⁵ subrayó que “claramente, hay demasiado consenso subyacente en los nombramientos de los jefes de las instituciones de la UE”, y que el resultado ha sido figuras de bajo perfil que “no son tan creíbles, a ojos del Presidente de Estados Unidos, como pesos

31 TALLBERG, J., “Bargaining Power in the European Council”, *JCMS: Journal of Common Market Studies*, núm. 3, 2008, pp. 685-708.

32 HOWORTH, J., “The ‘new faces’ of Lisbon...”, *op.cit.*, p. 306.

33 Artículo 15 del Tratado de la Unión Europea.

34 RENEDO, A., *The Lisbon Treaty and Transatlantic Dialogue: significance and inefficiencies*. Publications Office of the EU. Luxembourg. 2023, En Prensa.

35 Clete R. Willems fue sherpa de EEUU en el G20 y director adjunto del Consejo Económico Nacional bajo la administración de Trump.

pesados políticos”. Otro entrevistado lamentó que “no es imposible, pero sí muy poco probable” que esta dinámica cambie a corto plazo, debido a la “renuencia estructural” de los Estados miembros a aceptar “altas concentraciones de poder” dentro de la UE. Anthony Gardner³⁶ señaló que, tras el Brexit, la UE puede volverse más inestable como andamiaje político, y la acumulación de poder institucional en un Estado miembro grande (como Alemania o Francia) probablemente generará la oposición del otro Estado miembro grande potencialmente rival (inversamente, Francia o Alemania).

Al tiempo, los entrevistados coincidieron en que los perfiles políticos de los titulares de las instituciones de la UE influyen decisivamente en la capacidad de interlocución diplomática de la UE. “La calidad de la persona es absolutamente esencial”, subrayó Nicholas Burns³⁷. La mayoría consideró que se trata de un factor clave, del que depende la viabilidad de iniciativas diplomáticas conjuntas de alto nivel. Varios entrevistados aludieron a un viaje conjunto en mayo de 2009 del Alto Representante Javier Solana a los Balcanes, junto con el Vicepresidente Biden, que fue posible, entre otras razones, por la sintonía, la complicidad y el respeto mutuo que ambas figuras se tenían. Viajaron juntos a Bosnia, Serbia y al territorio de Kosovo, y mantuvieron conversaciones con los Jefes de Estado o de Gobierno correspondientes. Se emitió una declaración conjunta³⁸, indicando sus objetivos para esta región estratégica, en una muestra de unidad transatlántica en política exterior³⁹. Para Victoria Nuland⁴⁰, “la trayectoria distinguida y la dilatada experiencia del Alto Representante Solana le permitía obtener de manera eficiente posiciones europeas comunes”. Cuando surgían crisis internacionales y EEUU requería la intervención de la UE, Solana podía transmitir de manera efectiva a EEUU “lo que la UE podía aportar” para hacer frente a dicha crisis, ya fuese “ayuda económica, apoyo político, fondos de desarrollo, etc”. En esta línea, los entrevistados consideraron “esencial” que los interlocutores de la UE tengan la capacidad de crear unidad estratégica en las distintas partes de la cadena de mando europea. Por ejemplo, varios entrevistados confirmaron que, en 2014,

36 Anthony Gardner fue Embajador de EEUU ante la UE desde 2014 hasta 2017. Fue Director para Asuntos Europeos en el Consejo de Seguridad Nacional entre 1994 y 1995.

37 Nicholas Burns fue Subsecretario de Estado para Asuntos Políticos de 2005 a 2008. Fue Embajador de Estados Unidos ante la OTAN (2001-2005), Embajador en Grecia (1997-2001) y Portavoz del Departamento de Estado (1995-1997). Trabajó durante cinco años (1990-1995) en el Consejo de Seguridad Nacional en la Casa Blanca, donde fue Director Principal de Asuntos de Rusia, Ucrania y Eurasia y Asistente Especial del Presidente Clinton y Director de Asuntos Soviéticos en la Administración del Presidente George H.W. Bush. Entre 2008 y 2021, Nicholas Burns fue Roy and Barbara Goodman Family Professor of the Practice of Diplomacy and International Relations en Harvard Kennedy School profesor de la familia Roy y Barbara Goodman de la práctica de la diplomacia y las relaciones internacionales en la Escuela Kennedy de Harvard. Es actualmente Embajador de Estados Unidos en la República Popular China.

38 BIDEN, J., & SOLANA, J., “Joint statement issued by United States Vice President Joe Biden and European Union High Representative for Common Foreign and Security Policy Javier Solana”, *White House*, 20 de mayo de 2009, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/joint-statement-issued-united-states-vice-president-joe-biden-and-european-union-hi>

39 BRANDON, K., “The Vice President, from Sarajevo to Beirut”, *Obama White House*, 1 de junio de 2009, <https://obamawhitehouse.archives.gov/blog/2009/06/01/vice-president-sarajevo-beirut>

40 Victoria Nuland fue Representante Permanente de EEUU en la OTAN de 2005 a 2008. Fue portavoz del Departamento de Estado de 2011 a 2013. Entre 2013 y 2017 fue Secretaria de Estado adjunta para Asuntos de Europa y Eurasia. Es actualmente Subsecretaria para Asuntos Políticos en el Departamento de Estado de EEUU.

durante la invasión de Crimea, el principal interlocutor europeo del presidente Obama fue la Canciller Merkel. La razón principal de ello, además de su fluida interlocución con Putin debida a numerosos factores —entre ellos, su dominio del ruso—, fue que “ella tenía capacidad de mando en la UE y podía garantizar que todos los Estados miembros apoyasen sanciones contra Rusia”.

Aunque un entrevistado expresó escepticismo con respecto a la utilidad práctica de un Presidente del Consejo Europeo permanente en términos de política exterior —“siempre pensamos que esa figura no funcionaría debido a la histórica renuencia de los Estados miembros a compartir soberanía en el seno de instituciones intergubernamentales”—, dicho entrevistado admitió que “si se nombrase [para presidir el Consejo Europeo] un candidato de alto perfil como Merkel o Macron, las cosas podrían ser diferentes”. Karen Donfried⁴¹ se refirió a una tensión dialéctica entre la citada renuencia interna de los Estados miembros a nombrar figuras de alto perfil y los beneficios externos que tales figuras de alto perfil proporcionarían en términos de representación internacional. Solo un entrevistado consideró que los perfiles políticos altos entrañan potenciales riesgos, como consecuencia de eventuales “resentimientos” que pueda tener un Presidente de EEUU por interacciones pasadas con los perfiles políticos en cuestión.

B) EL FORMATO DE LAS CUMBRES UE-EEUU

Respecto al segundo factor inhibitor (formato de Cumbres UE-EEUU), cabe señalar que, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las Cumbres UE-EEUU incluían como partícipes, por parte de la UE, a los Jefes de Estado o de Gobierno, el Presidente de la Comisión Europea, sendos Comisarios europeos de Relaciones Exteriores y de Comercio, el Alto Representante y los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros. Había, evidentemente, un número menor aunque creciente de Estados miembros⁴², así como previsiones organizativas distintas: las Cumbres se celebraban en EEUU o en el Estado miembro que ocupaba la presidencia semestral del Consejo y, en lo concerniente a la UE, eran organizadas y presididas por ese Estado miembro. Este marco organizativo permitía una representación de la UE de alto nivel cuando la presidencia correspondía a un Estado miembro grande —por ejemplo, con Mitterrand, Kohl o Thatcher al frente del Consejo Europeo—. Sin embargo, era un arma de doble filo y entraba en juego la lógica inversa cuando la presidencia la ocupaban Estados miembros más pequeños. Tras Lisboa, el sistema de Cumbres UE-EEUU cambió: en principio, las Cumbres tienen lugar en Bruselas entre el Presidente estadounidense y los Presidentes de la Comisión Europea y del Consejo Europeo, junto con el Alto Representante, sin Estados miembros.

La mayoría de los entrevistados indicó que una de las principales razones subyacentes a la falta de entusiasmo de Presidentes de EEUU para participar en Cumbres UE-EEUU en el forma-

41 Karen Donfried fue Asesora Especial del Presidente de los EEUU y Directora Principal de Asuntos Europeos en el Consejo de Seguridad Nacional de la Casa Blanca durante la administración Obama. Fue Presidenta del German Marshall Fund (GMF) de los EEUU de 2014 a 2021. La Dra. Donfried es actualmente Subsecretaria de Estado para Asuntos Europeos y Eurasiáticos.

42 15 en 1995, 25 en 2004, y 27 en 2007.

to post-Lisboa es la relación de figuras participantes por el lado europeo, percibidas por EEUU como de perfil relativamente bajo. Por ejemplo, en la Cumbre de 2014 —la última que tuvo lugar antes de la interrupción de siete años—, los participantes europeos fueron Hermann Van Rompuy, José Manuel Barroso y Catherine Ashton. Un entrevistado señaló que el Presidente Obama sintió “desconcierto” y se vio “en una encerrona”, rodeado de perfiles políticos bajos y “relativamente desconocidos”, cuyos cometidos institucionales, para más inri, no son siempre evidentes para la psicología política estadounidense, en contraste con los cometidos más claros de los Jefes de Estado o de Gobierno. Un entrevistado afirmó que la Cumbre de 2014 resultó una experiencia muy desagradable —“*awful*”— para el Presidente Obama, el cual solicitó al entrevistado expresamente, al término de la Cumbre, que no volviese a comprometer nunca más su participación en eventos de esta naturaleza —“*don't do this to me again, ever*”. Los entrevistados confirmaron al tiempo que el malestar de los Presidentes de EEUU en las Cumbres ya existía con anterioridad al Tratado de Lisboa, si bien de manera menos acusada, y estaba relacionada, en cambio, con el elevado número de participantes; por ejemplo, la Cumbre de Gotemburgo de 2001 —en la que tomaron la palabra más de treinta personas— fue una experiencia “negativa y agotadora” para George W. Bush, que afirmó irónicamente tras el fin de la Cumbre: “esta reunión me ha cambiado la vida”. En este sentido, varios entrevistados, de diferentes administraciones, enfatizaron que las reuniones con todos los Estados miembros de la UE también son “muy disuasorias” para el Presidente de EEUU y deberían “dividirse en grupos más pequeños y funcionales”.

Los entrevistados enfatizaron asimismo la importancia de reducir la duración de las Cumbres —varios entrevistados coincidieron en lamentar que la Cumbre de 2014 durase 90 minutos, “que se hicieron eternos”—; calibrar adecuadamente el contenido de las Cumbres; y vincular su agenda a resultados claros o “*deliverables*” políticos que pudieran presentarse de manera atractiva para la opinión pública y la prensa en EEUU. También se plantearon cuestiones de alcance y extemporaneidad política. Por ejemplo, Nicholas Burns sugirió limitar las agendas de las Cumbres a temas sobre los que la UE tiene poderes efectivos, y no forzar las cuestiones de política exterior a nivel de Jefes de Estado o de Gobierno, sino más bien diferirlas a niveles ministeriales (Alto Representante / Secretario de Estado). Del mismo modo, Anthony Gardner consideró que la atención política de las Cumbres debería centrarse en 1) áreas geográficas en las que la UE puede aportar valor añadido, como su vecindad geográfica; y 2) ámbitos políticos estratégicos para la cooperación transatlántica, como comercio, datos, digital, sanciones, militar, cooperación UE-OTAN, justicia y asuntos de interior, cambio climático y ayuda humanitaria. Otros entrevistados recomendaron que las agendas de las Cumbres se centren en la dimensión económica de la asociación.

La mayoría de los entrevistados consideró que es necesario un cambio de formato para atender a dichas “disfuncionalidades”, y que es ingenuo que la UE disocie a los Jefes de Estado o de Gobierno del sistema de Cumbres. Se consultó a los entrevistados sobre la viabilidad de formatos alternativos, híbridos y posiblemente más operativos, que pudieran incluir como participantes tanto a los Presidentes de las instituciones de la UE como a los Jefes de Estado o de Gobierno. La mayoría de ellos consideró que, si su coreografía fuera cuidadosamente calibrada para evitar largas series de intervenciones, estos formatos híbridos “podrían ser una opción viable”. Por ejemplo, una posibilidad que se consideró “interesante”, sería un Consejo

Europeo celebrado en formato transatlántico. Este formato permitiría al Presidente de EEUU participar en lo que se considera la cúspide de la arquitectura política en la UE y “el nuevo centro de gravedad política en la formulación de políticas de la Unión Europea”⁴³. Por el lado europeo, estarían presentes tanto los Presidentes de instituciones como los Jefes de Estado o de Gobierno. Para que la reunión fuese ágil, las intervenciones europeas podrían limitarse a los Presidentes de las instituciones y al Estado miembro que ostente la Presidencia rotatoria del Consejo, que intervendría en nombre del resto de Estados miembros. Por el lado estadounidense, el Presidente asistiría a la reunión con su delegación; también podrían participar figuras externas, como el Secretario General de la OTAN, que en los últimos años ha participado en determinadas sesiones en las reuniones del Consejo Europeo⁴⁴. En los márgenes del Consejo Europeo, tendrían lugar reuniones bilaterales y actos paralelos, como ha sido habitual en la historia de las conferencias diplomáticas. Los entrevistados subrayaron que es precisamente en dichos encuentros bilaterales, que se celebran al margen de las sesiones plenarias de las cumbres, donde “suelen pasar las cosas realmente interesantes”. Los entrevistados de la administración Trump ofrecieron como posibles referencias la Cumbre de la OTAN de 2018 en Bruselas, y la Reunión de Líderes OTAN de 2019 en Londres, donde se celebraron varias reuniones bilaterales, al margen de la sesión plenaria, entre el Presidente Trump y líderes europeos. Un entrevistado apuntó hacia la Cumbre UE-China, prevista durante la Presidencia alemana del Consejo de la UE en 2020, que proponía inicialmente juntar a los Presidentes de instituciones de la UE, los Jefes de Estado o de Gobierno, y el Presidente Xi Jinping: “si esto funciona, quizás podríamos hacer algo similar”. Un Consejo Europeo en formato transatlántico o “Consejo Transatlántico”, permitiría al Presidente de EEUU, según un entrevistado, “besar el anillo de la UE”, reunirse bilateralmente con los Presidentes o Primeros ministros europeos de su elección, y así “matar varios pájaros de un tiro”. Cabe señalar que, el 24 de marzo de 2022 —casi dos años después de la finalización del periodo investigado para la realización de este estudio—, tuvo lugar el primer Consejo Europeo de la historia en formato transatlántico.

C) COMPLEJIDAD BUROCRÁTICA E INSTITUCIONAL DE LA UE

En cuanto al tercer factor inhibitorio (complejidad burocrática e institucional de la UE) los entrevistados coincidieron en que la institucionalidad europea es frecuentemente incomprendida en EEUU. Enfatizaron que, en ausencia de una ambiciosa reforma institucional simplificadora aparejada a una revisión importante del Derecho primario de la UE, una comunicación inteligente y efectiva es esencial. Debe hacerse un esfuerzo para explicar de manera inteligible la institucionalidad, los procedimientos, los métodos de trabajo y los límites de la UE derivados de su naturaleza política sui generis, que frecuentemente limita su eficacia en política exterior. En palabras de un ex Secretario de Estado de EEUU al autor:

“La UE es una entidad difícil de entender. Sus métodos de trabajo, sus limitaciones, sus procesos de toma de decisiones pueden resultar a veces sumamente confusos para los políticos

43 PUETTER, U., *The European Council: The New Centre of Political Gravity*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 3.

44 En particular, sesiones sobre cooperación UE-OTAN.

estadounidenses. Mi consejo a la UE es que sea plenamente consciente de esta dificultad y que nos lo ponga más fácil de entender ... o, al menos, que no nos lo ponga tan difícil”.

Uno de los entrevistados se refirió a la UE como una “estructura intrincada, con cabeza de hidra, con el que EEUU tiene gran dificultad para relacionarse”. Otro entrevistado se refirió a la confusión, que persiste después del Tratado de Lisboa, en cuanto a “quién manda realmente en la UE”, en línea con autores que han preguntado retóricamente “¿Cuántos presidentes se necesitan para dirigir a la UE?”⁴⁵. Este entrevistado subrayó que, en medio de tal confusión, las administraciones estadounidenses han otorgado una importancia cada vez mayor a los presidentes y vicepresidentes de la Comisión Europea, “socios clave” para EEUU dada su capacidad de contribuir a la mencionada “unidad estratégica en la cadena de mando europea”. El entrevistado ofreció como ejemplo las acciones del ex Presidente Juncker y del Vicepresidente Sefcovic para reducir la dependencia energética de la UE con respecto a Rusia. En palabras de dicho entrevistado, la Comisión Europea tiene el “poder de hacer mover las diferentes partes de la maquinaria” y puede ofrecer recursos alternativos a los de los Estados miembros para sufragar iniciativas conjuntas: “cuando la canciller Merkel nos decía: ‘no tenemos fondos previstos’ para X iniciativa; entonces responderíamos: ‘entendido; pero nos consta que la Comisión sí tiene’”.

Los entrevistados también hicieron referencia a la complejidad de los procedimientos decisivos de la UE. Un funcionario destinado en el Consejo de Seguridad Nacional de la administración Trump se refirió, a título de ejemplo simplificado, a la “frustración” del Presidente ante los “indescifrables” procesos de formulación de políticas de la UE:

“Trump se enfadaba mucho con la UE, por ejemplo, por su política agrícola proteccionista. Le diría al Presidente Macron: ‘Si no baja los impuestos sobre nuestros productos, aumentaremos los impuestos sobre los automóviles europeos’. El presidente Macron respondería que ‘eso es problema de Alemania, no de Francia; y, además, el comercio es competencia exclusiva de la Comisión’. Luego, el Presidente Trump hablaría con el Presidente Juncker sobre el tema, y Juncker le diría ‘lo siento, pero no puedo hacer que los franceses ni los alemanes hagan esto que me pides’.

Dicha dinámica conducía a un “juego constante y exasperante de culpas y reproches”. Otro entrevistado afirmó que la UE tiene “naturaleza marcadamente procedimental, y en los EEUU, hay poca tolerancia para eso”. Si bien es irrefutable que la distribución de poderes en la UE refleja la complejidad de un sistema supranacional de gobernanza multinivel sin parangón, la literatura sobre sistemas políticos comparados UE-EEUU han admitido que “el precio de la preservación de la complejidad interna es la ineficacia externa”⁴⁶.

Un entrevistado señaló otra fuente de “frustración” para la administración estadounidense: el divorcio entre la política económica (en grado significativo perteneciente al acervo competencial de la UE, por ejemplo, en comercio y competencia) y la seguridad nacional y política exterior (fundamentalmente en manos de los Estados miembros). Esto genera una dicotomía conceptual entre dos ámbitos políticos estratégicos estrechamente asociados para la psicología

45 HOWORTH, J., *Security and Defence Policy in the European Union...*, op.cit., p.53.

46 FABBRINI, S., “Madison in Brussels: The EU and the US as Compound Democracies”, *European Political Science*, núm 2, 2005, pp. 188-198, P. 188.

política estadounidense, así como una bifurcación disfuncional en la interlocución diplomática, calificada por un entrevistado como “esquizofrénica”: los mismos funcionarios de los EEUU “se veían obligados a tratar, separadamente, con funcionarios de la Comisión, por un lado; y por otro, con diplomáticos de los Estados miembros; y para hacer las cosas más complicadas, a veces daba la sensación de que los funcionarios de la Comisión y de los Estados Miembros no estaban muy coordinados entre sí”.

En cuanto al aumento de competencias y recursos del Alto Representante post-Lisboa, varios entrevistados consideraron que el “doble sombrero” del Alto Representante/Vicepresidente de la Comisión puede tener efectos positivos para el diálogo transatlántico. Karen Donfried señaló que el doble sombrero contribuye a la capacidad para unificar la acción política exterior en la UE. Susan Rice⁴⁷ subrayó que el Alto Representante post-Lisboa, que aúna representación tanto del Consejo como de la Comisión, es un interlocutor “efectivo y respetado” por EEUU. En términos similares se pronunció Nicholas Burns, según el cual la figura del Alto Representante y Vicepresidente de la Comisión “es tomado en serio”. Sin embargo, otros entrevistados señalaron riesgos de efectos “*spill-over*” asociados a choques entre administraciones en materias políticas delicadas como comercio, competencia o fiscalidad⁴⁸. Esto podría disminuir la autonomía del Alto Representante, quien, en la era pre-Lisboa, estaba “relativamente libre de estructuras administrativas” y “con menores lastres” a la hora de marcar su propia agenda. En esta línea, Javier Solana, en referencia a su interacción con los Estados miembros en calidad de Alto Representante y Secretario General del Consejo de la UE, ha reconocido que prefería tener “perdón que permiso. Si pides permiso, nunca acabas haciendo nada”⁴⁹.

IV. IMPLICACIONES TEÓRICAS

Finalmente, los hallazgos empíricos proporcionan piedras de toque para dos destacados marcos teóricos empleados para explicar la integración europea, a saber: el institucionalismo histórico y el intergubernamentalismo liberal.

47 Susan E. Rice fue Representante Permanente de EEUU del presidente Obama ante las Naciones Unidas y Consejera de Seguridad Nacional de 2009 a 2017. Anteriormente, fue Subsecretaria de Estado para Asuntos Africanos de EEUU, Asistente Especial del Presidente y Directora Principal para Asuntos Africanos, y Directora de Organizaciones Internacionales y Mantenimiento de la Paz en el Consejo de Seguridad Nacional en la Casa Blanca de 1993 a 2001. Actualmente es Consejera de Política Nacional en la Casa Blanca.

48 Un ejemplo ofrecido por los entrevistados fue la “lista negra de paraísos fiscales” de la UE, propuesta por la Comisión Europea y adoptada por el Consejo en diciembre de 2017. Esta “lista negra” incluía aliados estadounidenses, como Emiratos Árabes Unidos y Corea del Sur, y territorios de EEUU en el Pacífico, como Guam (TOPLENSKY, R., “EU finance ministers blacklist 17 ‘tax havens’”, *Financial Times*, 5 de diciembre de 2017). La lista negra fue modificada en 2019 (GUARASCIO, F., *EU Removes UAE, Switzerland, Mauritius from Tax Haven Lists*, Reuters, 10 de octubre de 2019, <https://www.reuters.com/article/us-eu-taxation-blacklist-idUSKB-N1WP0SP>). Los entrevistados confirmaron que esta iniciativa provocó tensiones importantes. Un entrevistado subrayó que tales tensiones sobre los expedientes sectoriales tienen, en el mejor de los casos, “un efecto enfriador” en el diálogo político general. Otro entrevistado consideró que, si el Alto Representante termina mediando, en nombre de la Comisión, en espinosas negociaciones sectoriales, su capital político podría verse mermado si el resultado final de la negociación se percibiese en EE.UU. como desfavorable.

49 DEMPSEY, J., “Follow My Leaders”, *Financial Times*, 12 de julio de 2003, p. 47.

A) INSTITUCIONALISMO HISTÓRICO

A partir de un análisis de cómo las instituciones estructuran la interacción entre los Estados y los mercados y también entre los actores del mercado⁵⁰, el institucionalismo histórico se centra en el concepto de temporalidad, y postula que el tiempo y la secuencia moldean profundamente los procesos políticos, contribuyendo a: la imprevisibilidad y la variedad de resultados; la no ergodicidad y los posibles efectos duraderos de eventos fortuitos; las ineficiencias con respecto a alternativas anteriores; y la inflexibilidad en los procesos de toma de decisiones debido a la dependencia de la senda (*path dependence*) y la inercia⁵¹. El desarrollo institucional está determinado con frecuencia por largos períodos de estabilidad institucional dependientes de la senda que se interrumpen ocasionalmente por “breves fases de flujo institucional, denominadas coyunturas críticas, durante las cuales es posible un cambio dramático”⁵².

Desde la perspectiva del institucionalismo histórico, cabe apuntar que las instituciones del Tratado de Lisboa son de creación relativamente reciente: dieron sus primeros pasos hace trece años, no han sido impulsadas por verdaderos pesos pesados internacionales y continúan ganando impulso. Catherine Ashton declaró en 2011: “estamos al principio, no al final”⁵³. Aunque ha transcurrido poco más de una década desde esas palabras, se puede argumentar que se necesita más tiempo para que las instituciones alcancen su verdadero potencial —o, al menos, superen lo que podría considerarse “tumultuosos años de adolescencia”⁵⁴—. La política exterior de la UE post-Lisboa sigue siendo, a fecha de hoy, un “trabajo en curso”⁵⁵; máxime cuando, siguiendo la máxima de Heráclito πάντα ῥεῖ —todo fluye—, se pudiera considerar que el mundo en el que se concibió el Tratado de Lisboa —reflejado en la Convención sobre el Futuro de Europa de 2002/2003 y los debates sobre la invasión de Irak de 2003— ya no existe. Teniendo en cuenta las inercias y secuencias propias de los procesos políticos, así como la dependencia de la senda (*path dependence*), la integración europea es un proceso que se desarrolla progresivamente en el tiempo⁵⁶ y que ha sido marcado inevitable y comprensiblemente por ineficiencias⁵⁷.

50 STEINMO, S., THELEN, K. & LONGSTRETH, F., *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

51 FIORETOS, O., “Historical Institutionalism in International Relations”, *International Organization*, núm. 2, 2011, pp. 367-399.

52 CAPOCCIA, G., & KELEMEN R., “The Study of Critical Junctures: Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionalism”, *World Politics*, núm. 3, 2007, pp. 341-369, p. 341. Traducción del autor.

53 ASHTON, C., “Evidence Session No. 1, Questions 1-19”, *Selecti Committee on the European Union*, 14 de junio de 2011. Traducción del autor.

54 BLOCKMANS, S., & WESSEL, R., “The EEAS at Ten...”, *op. cit.*, p.5. Traducción del autor.

55 MISSIROLI, A., “The New EU ‘Foreign Policy’ System after Lisbon: A Work in Progress”, *European Foreign Affairs Review*, núm. 4, 2010, pp. 427-452. Traducción del autor.

56 PIERSON, P., “Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politic”, *American Political Science Review*, núm. 2, 2000, pp. 251-268; PIERSON, P., “The Path to European Integration: A Historical Institutional Analysis”, *Comparative Political Studies*, núm. 2, 1996, pp. 123-163.

57 FIORETOS, O., “Historical Institutionalism...”, *op.cit.*

Las instituciones pueden ser “pilares de la civilización”, en palabras del filósofo suizo Henri-Frédéric Amiel, cuyo pensamiento inspiró a Jean Monnet⁵⁸, pero su capacidad para moldear la conducta diplomática está afectada por conocidas limitaciones estructurales de la UE: poderes limitados de las instituciones de la UE en política exterior, niveles desiguales de integración y los procedimientos decisorios diferenciados según los ámbitos políticos, y fuertes inercias intergubernamentales. Estas limitaciones inherentes explican el contraste histórico entre la eficiencia de, por un lado, las competencias exclusivas y las políticas del mercado interior, como el comercio y la agricultura; y, por otro lado, las acciones de política exterior, principalmente en manos de los Estados miembros⁵⁹. La comunicación y la pedagogía reivindicada por los entrevistados es un reto de capital importancia, no exento de dificultad: tal y como ha señalado uno de los padres fundadores del institucionalismo histórico, “el camino hacia la integración europea ha situado a los Estados miembros en un denso entorno institucional que no puede entenderse en el lenguaje de la negociación interestatal”⁶⁰.

Los hallazgos del presente estudio permiten sostener que, con respecto a las relaciones políticas entre la UE y EEUU, es posible un mayor grado de efectividad en la implementación de las instituciones de política exterior del Tratado de Lisboa abordando los factores inhibidores endógenos descritos *supra*. Aunque la UE ha sido considerada como “un actor no estratégico”⁶¹, los resultados de esta investigación proporcionan argumentos en contra de “una conclusión demasiado fácil de la inevitabilidad o funcionalidad de los resultados observados”⁶², y motivos para creer que el aparato diplomático de la UE, responsable de la conducción de la PESC, puede hacerse más eficaz para el diálogo transatlántico mediante decisiones políticas que atiendan a dichos factores endógenos (*v. gr.* el nombramiento de líderes institucionales óptimos de la UE y una estructura más eficaz de las Cumbres UE-EEUU, proporcionando un terreno fértil para las “coyunturas críticas” y el “flujo institucional”, en la terminología propia del institucionalismo histórico).

B) INTERGUBERNAMENTALISMO LIBERAL Y OTROS MARCOS TEÓRICOS

El intergubernamentalismo liberal se basa en el intergubernamentalismo realista⁶³, y parte de la centralidad de los gobiernos y sus intereses en las interacciones de poder en el marco de la integración europea. Además, basándose en la teoría liberal de la formación de preferencias, se centra en la formación de “preferencias nacionales” asociadas a los resultados de los procesos políticos domésticos que reflejan los intereses de los grupos sociales arbitrados por institucio-

58 BRINKLEY, D., & HACKETT, C., *Jean Monnet: The Path to European Unity*, Macmillan, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 1991.

59 HILL, C. J., SMITH, M., & VANHOONACKE, S., *International Relations and the ...*, *op.cit.*, p. 143; WALLACE, H., POLACK, M., & YOUNG, A., *Policy Making ...*, *op.cit.* pp. 431-455.

60 PIERSON, P., “The Path to European Integration...”, *op.cit.*, pp. 158-159.

61 COTTEY, A., “Astrategic Europe”, *JCMS: Journal of Common Market Studies*, núm. 2, 2020, pp. 276-291.

62 PIERSON, P., “Increasing Returns, Path Dependence...”, *op.cit.*, p. 252. Traducción del autor

63 HOFFMANN, S., “Obstinate or Obsolete? The Fate of the Nation-State and the Case of Western Europe”, *Daedalus*, núm. 3, 1966.

nes políticas nacionales⁶⁴. El intergubernamentalismo liberal también integra una perspectiva teórica neoliberal funcional de las instituciones internacionales⁶⁵: las instituciones de la UE son medios para 1) facilitar la cooperación intergubernamental en un sistema internacional interdependiente, y 2) fortalecer el compromiso del régimen con políticas y normas integradas a nivel supranacional⁶⁶.

Desde el punto de vista del intergubernamentalismo liberal, las limitaciones estructurales que históricamente han afectado a las instituciones de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) —y que evidentemente no constituyen en sí mismas barreras para la cooperación entre los Estados miembros en alta política—, subrayan el papel fundamental de la preferencia nacional en el desarrollo institucional de la UE⁶⁷. Además, arrojan luz sobre ciertas deficiencias de las instituciones diplomáticas aún en desarrollo, cuya creación e implementación pueden explicarse con arreglo a las tres etapas de la integración europea identificadas por el intergubernamentalismo liberal: formación interna de preferencias estatales, constelación intergubernamental de preferencias y poder que conduce a la integración, y el establecimiento de instituciones a nivel de la UE con sus correspondientes límites jurídico-políticos⁶⁸.

Las deficiencias descritas permiten, en línea con el intergubernamentalismo liberal, cuestionar la autonomía institucional atribuida a los actores supranacionales por los neofuncionalistas⁶⁹, y subrayan que las tensiones dialécticas intergubernamentales-supranacionales continúan incidiendo sustancialmente en la acción exterior de la UE, sin perjuicio de los avances diplomáticos significativos logrados con arreglo al marco institucional post-Lisboa durante los periodos de análisis en cuestión: *v. gr.* el papel del Alto Representante de la UE en la negociación del acuerdo nuclear con Irán, conocido por sus siglas en inglés JCPOA⁷⁰, y su papel de interlocutor efectivo con el Secretario de Estado de EEUU, confirmado por los entrevistados; la actividad del SEAE en todo el mundo y su función coordinadora de la actividad de las Embajadas de los Estados miembros de la UE; y la participación activa del Presidente del Consejo Europeo en asuntos clave de política exterior, como la anexión de Crimea por parte de Rusia, las elecciones de 2020 en Bielorrusia y las cumbres del G7. Estos logros muestran que las instituciones del Tratado de Lisboa pueden arrojar y de hecho arrojan resultados significativos para la acción exterior de la UE. Admitiendo dichos logros y avances, cabe igualmente colegir, siguiendo el razonamiento del intergubernamentalismo liberal — “los regímenes no suplantán a los

64 MORAVCSIK, A., “Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach”, *JCMS: Journal of Common Market Studies*, núm. 4, 1993, pp. 473-524, p. 481.

65 KEOHANE, R., *After Hegemony: Cooperation and Discord in World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton, 1984.

66 RIDDERVOLD, M., TRONDAL, J., & NEWSOME, A., *The Palgrave Handbook of EU Crises*, Palgrave Macmillan, 2020.

67 MORAVCSIK, A., “Preferences, Power and Institutions in 21st Century Europe”, *JCMS: Journal of Common Market Studies*, núm. 7, 2018, pp. 1648-1674.

68 MORAVCSIK, A., “Preferences and Power IN THE European Community...”, *op.cit.*

69 CAPORASO, J., & KIM, M., “States Choose but Not Under Circumstances of Their Own Making: A New Interpretation of the Integration Debate in Light of the European Financial Crisis”, en CAPORASO, J., & RHODES, M., *The Political and Economic Dynamics of the Eurozone Crisis*, Oxford, 2016, pp. 15-47.

70 *Joint Comprehensive Plan of Action*.

Estados; los fortalecen”⁷¹—, que los representantes de la UE no deberían ser un mero portavoz formal de los Estados miembros agregados, y deberían dar una voz fuerte y cualificada tanto a la UE como a sus miembros.

Asimismo, en consonancia con aplicaciones recientes a la interacción de la UE con terceros países de la teoría de roles interaccionistas y la literatura sobre seguridad ontológica⁷², este estudio sostiene que *el modo* en que se implementaron las instituciones de política exterior del Tratado de Lisboa alteró significativamente la situación preexistente y el contexto de las consultas bilaterales entre la UE y EEUU, estableciendo nuevos marcos y roles que, a fin de cuentas, han tenido un rendimiento inferior para los fines del diálogo político de alto nivel UE-EEUU. Además, de acuerdo con las aplicaciones recientes de la teoría democrática para explicar la crisis de legitimidad de la UE, los hallazgos permiten cuestionar, a su vez, la calidad de la legitimidad del desempeño, la representación y el proceso de gobernanza de la PESC⁷³. En esta línea, el predominio de lo que pudieran considerarse administradores transaccionales al frente de las instituciones diplomáticas de la UE plantea interrogantes, en los campos de la PESC y la PCSD, sobre la calidad de tres componentes identificados de la legitimidad de la UE: “legitimidad del *output*”, relacionada con la eficacia y el desempeño de las políticas; “legitimidad de *input*”, referida a la representación política y la capacidad de respuesta; y “legitimidad del *throughput*”, asociada a la calidad de los procesos de gobernanza⁷⁴.

Las indicadas implicaciones teóricas derivadas del análisis de la relación entre el Tratado de Lisboa y el diálogo transatlántico no pretenden primar un enfoque doctrinal o un marco teórico concreto sobre el funcionamiento de las relaciones e instituciones internacionales. Si bien el análisis se basa fundamentalmente en dos destacados marcos teóricos, el objeto formal de estudio —entendido como la perspectiva desde la cual se analiza el objeto material de investigación⁷⁵— es ecléctico en el sentido de que se enfoca en múltiples capas de la realidad causal, sin necesariamente dar preeminencia a una sobre la otra: se atribuye importancia potencial en términos similares a elementos sistémicos (*v. gr.* cambios geopolíticos y equilibrios de poder global), elementos interestatales (*v. gr.* niveles asimétricos de influencia de los Estados miembros de la UE) y elementos interindividuales (*v. gr.* habilidades cognitivas y perfiles de los titulares de instituciones de la UE).

V. DISCUSIÓN

La ausencia de una causalidad epifenomenal entre las relaciones políticas y económicas UE-EEUU en la historia reciente no debería llevar a considerar irrelevante el declive en el diálogo

71 MORAVCSIK, A., “Preferences, Power and Institutions in 21st Century...”, *op.cit.*, p. 1654.

72 KLOSE, S., “Interactionist role theory meets ontological security studies: an exploration of synergies between socio-psychological approaches to the study of international relations”, *European Journal of International Relations*, núm. 3, 2020, pp. 851-874.

73 SCHMIDT, V., *Europe’s Crisis of Legitimacy: Governing by Rules and Ruling by Numbers in the Eurozone*, Oxford, 2020.

74 *Ibidem*.

75 OBI-OKOGBUO, J., “The philosophy of science. A delineation of its scope and boundaries”, *European Scientific Journal*, núm. 18, pp. 130-140.

político apreciado durante el periodo de análisis. Las relaciones interestatales no solo se nutren de flujos económicos; si este fuera el caso, EEUU y China serían socios unidos por amistad estrecha —a pesar de las fricciones que conllevan los intensos vínculos económicos, ya que los movimientos transfronterizos de bienes e información suelen generar disputas legales⁷⁶—. Las relaciones también se sustentan en valores comunes y la cooperación en importantes ámbitos no económicos, como justicia e interior, clima, educación, cultura y muchos más, según reflejan los datos cuantitativos sobre encuentros sectoriales UE-EEUU. Estas materias —algunas de las cuales tienen alta relevancia para la seguridad nacional—, se nutren a través del diálogo político que, al más alto nivel, presenta beneficios potenciales que —como se ha explicado previamente en este estudio— se obtienen con mayor dificultad en los niveles inferiores.

En cuanto al primer factor inhibitorio endógeno (perfiles políticos de los titulares de las instituciones): admitiendo que la tendencia a nombrar figuras políticas de bajo perfil refleja la naturaleza estructural y las limitaciones políticas la UE y que, probablemente, sea difícilmente superable en el corto y medio plazo —como reconocieron varios entrevistados—, se puede considerar, a la luz de las entrevistas y también de las perspectivas teóricas tanto del institucionalismo histórico como del intergubernamentalismo liberal, que esta tendencia ha reducido de manera significativa la eficacia de las instituciones del Tratado de Lisboa para el diálogo transatlántico. Y, desde una perspectiva más amplia, se colige que tal tendencia conlleva costes en términos de la capacidad de la UE de interlocución y representación internacionales, la eficacia de la PESC y la PCSD, así como la integración de su política exterior. Siendo innegable que, en Europa, la política exterior está fundamentalmente en manos de los Estados miembros, y las instituciones de la UE tienen poderes limitados, también es cierto que un liderazgo personal eficaz por parte de los titulares de las instituciones de la UE pudiera, hasta cierto grado, suplir dichos poderes limitados.

La calidad del liderazgo y el prestigio internacional de los titulares de las instituciones, así como su “capacidad para crear unidad estratégica” entre los Estados miembros, fueron considerados por los entrevistados como elementos clave para la efectividad de las instituciones en el diálogo transatlántico. El caso de Javier Solana —suscitado por varios entrevistados como una referencia positiva— muestra que no existe necesariamente una correlación estricta entre competencias jurídicas y liderazgo político, de manera similar a como en la antigua Roma se trazaba una distinción entre *auctoritas*, sabiduría socialmente reconocida, y *potestas*, poder jurídicamente conferido⁷⁷. Huelga decir que, si bien ambas cualidades no son mutuamente excluyentes, no deben ir necesariamente de la mano. La historia y la literatura ofrecen numerosos ejemplos de cómo las limitaciones jurídicas de las instituciones de la UE pueden superarse mediante un liderazgo político basado en la *auctoritas*⁷⁸. Si bien es evidente que las

76 EFRAT, A., & NEWMAN, A. L., “Deciding to defer: The importance of fairness in resolving transnational jurisdictional conflicts”, *International Organization*, núm. 2, 2016, pp. 409-441.

77 RICH, J., “Making the Emergency Permanent: *Auctoritas*, *Potestas* and the Evolution of the Principate of Augustus”, en RIVIÉRE, Y., *Des réformes augustéennes*, École Française de Rome, Rome, 2012, pp. 37-121.

78 “A pesar de la debilidad de la presidencia de la Comisión antes de la década de 1990, tres titulares han logrado trascender las limitaciones de la oficina. Hallstein, Jenkins y Delors hicieron contribuciones importantes al desarrollo de las Comunidades Europeas. Los tres tenían poderío intelectual y la capacidad de inspirar respeto en el Consejo...” (KASSIM, H., “The Presidents and the Presidency of the European

instituciones de política exterior de la UE carecen de plenos poderes y que, por regla general, el cargo y sus limitaciones inherentes definen el desempeño de la función por el titular; no es menos cierto que, en ocasiones, el titular, junto con sus cualidades particulares, pueden redefinir los contornos funcionales del cargo —sobre todo, cuando presentan naturaleza difusa— y pueden permitir trascender sus limitaciones inherentes, elevándolo⁷⁹.

Una premisa para abordar el factor inhibitor de los perfiles bajos es que las capitales europeas no solo reconozcan que el fortalecimiento de la capacidad de interlocución de las instituciones de política exterior de la UE les conviene, sino que también favorezcan de manera efectiva un margen político para tal fortalecimiento. La retórica debería dar paso a la acción efectiva, o al menos a un “consenso permisivo” —*permissive consensus*⁸⁰—. Asimismo, los gobiernos nacionales y la opinión pública deben ser plenamente conscientes de que debilitar relativamente —o no optimizar dicha capacidad de interlocución— conllevan un coste estratégico no solo para la UE como tal, sino también para los Estados miembros. El coste es mayor cuando la institución no tiene poderes ejecutivos explícitos más allá de la representación externa (v. gr. Presidente del Consejo Europeo) y tales poderes de representación, en ausencia de una atribución soberana o mandato específico por parte de los Estados miembros, pueden depender más de la *auctoritas* que de la *potestas*. El coste dependerá también de otros factores, como la gestión eficaz de los quehaceres propios del cargo y no es un resultado seguro; la historia brinda numerosos ejemplos de líderes improbables que, al fin y a la postre, sobresalieron⁸¹.

Commission”, en JONES, E., MENON, A., & WEATHERILL, S., (eds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford Academic, 2012, pp. 219-232, p.10).

79 Véase GRACIÁN, B., & ROMERA-NAVARRO, M., “Oráculo Manual y Arte de Prudencia”, *Revista de Filología Española*, 1954, aforismo 124: “Hácese dependencia de la eminencia, de modo que se note que el cargo le hubo menester a él, y no él al cargo; honran unos los puestos, a otros honran.” En línea similar, véase aforismo 292: “Venza el natural las obligaciones del empleo, y no al contrario. Por grande que sea el puesto, ha de mostrar que es mayor la persona. Un caudal con ensanches vase dilatando y ostentando más con los empleos (...). Preciábase el grande Augusto de ser mayor hombre que príncipe.”

80 Sobre la importancia de dicho concepto para la integración europea y su invocación por Jean Monnet, véase, por ejemplo, MODY, A., *The Permissive Consensus Has Broken Down*, junio, 2018, https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/amody/files/the_permissive_consensus_breaks_down_june_2018.pdf

81 Véase Guy Peters & Helms: “Por ejemplo, algunas personas de las que no se esperaba que fueran presidentes o primeros ministros destacados, lo fueron a medida que aprendieron el papel y lo desempeñaron con eficacia. Por ejemplo, Harry Truman se postuló para vicepresidente para apaciguar a ciertas fuerzas políticas. Había pocas expectativas, si es que había alguna, de que pudiera convertirse en un líder político efectivo y, en cierto modo, importante (...). Además de simplemente aprender a desempeñar el papel de líder, las crisis y otras circunstancias extraordinarias pueden producir líderes a partir de individuos a priori bastante “comunes”. Los presidentes y primeros ministros de tiempos de guerra pueden haber sido líderes políticos bastante ordinarios antes de ese momento, pero cuando se enfrentaron a la necesidad y aprovecharon la oportunidad, se convirtieron en líderes capaces y sobresalientes. Winston Churchill, por ejemplo, fue en muchos sentidos un político fallido antes de la Segunda Guerra Mundial, pero su combinación de oratoria y diligencia lo hizo perfecto para los desafíos que surgieron durante esa guerra (...). Las crisis también pueden revelar debilidades fundamentales en líderes exitosos. Por ejemplo, varios primeros ministros británicos que precedieron a Churchill parecían adecuados, cuando no inspiradores, antes de la escalada de tensiones que condujo a la guerra. Una vez que la crisis se manifestó, esos líderes pronto demostraron ser inadecuados” (GUY PETERS, B., & HELMS, L., “Executive Leadership in Comparative Perspective: Politicians, Bureaucrats and Public Governance”, en HELMS & LUDGER, *Comparative Political Leadership*, Palgrave Macmillan, London, 2012, pp. 25-55, p. 26; traducción del autor).

Pero la diplomacia implica una función inherente de representación, y no es factible disociar dicha capacidad de representación de la sabiduría socialmente atribuida, la reputación y los contactos (o la falta de ellos). Los perfiles políticos altos que cumplen con esas características a priori aportan a la mesa negociadora beneficios estratégicos en forma de mayor representación y capacidad de interlocución en foros internacionales; los perfiles más bajos pueden tardar tiempo en desarrollar dichos beneficios. Podría considerarse que estos beneficios estratégicos superan los beneficios tácticos, de *Realpolitik*, asociados a la designación de perfiles bajos —que, por otro lado, pueden ser más fáciles de controlar internamente, pero al tener un peso geopolítico significativamente menor, pueden resultar más fáciles de controlar también externamente, por parte de actores no europeos; en este sentido, Kissinger advirtió que “un mayor control sobre el entorno doméstico se adquiere al precio de la pérdida de flexibilidad en los asuntos internacionales”⁸²—. Los hallazgos permiten llamar la atención también sobre los beneficios inherentes a las iniciativas diplomáticas conjuntas de alto nivel —como el aludido viaje conjunto en 2009 del Alto Representante Javier Solana a los Balcanes, junto con el Vicepresidente Biden—, que contribuyen a la coordinación de políticas y tienen un fuerte impacto en términos de diplomacia pública. De ahí la conveniencia estratégica de impulsar iniciativas que sensibilicen sobre esta cuestión a las instituciones de la UE y los Estados miembros.

De manera similar a como los denominados “Criterios de Copenhague”⁸³ establecieron en 1993 los estándares generales que deben cumplir los países candidatos a la UE, la designación de los titulares de las instituciones de política exterior de la UE también podría ordenarse con arreglo a ciertos criterios básicos. En los correspondientes procesos de toma de decisiones de la UE, se pueden y se deben ponderar seriamente criterios de experiencia diplomática, trayectoria política y capacidad comprobada de interlocución internacional de los candidatos para dirigir las instituciones de política exterior de la UE. La “lógica de cuotas” (el equilibrio geográfico, de género y de afiliación política que se viene requiriendo en los procedimientos institucionales de nombramientos de altos cargos de la UE), no es óbice para una valoración franca de la idoneidad estratégica de los perfiles de dichos candidatos. Ello reviste especial importancia en el actual contexto de fuertes tensiones geopolíticas.

Respecto al factor endógeno de inhibición relativo a la estructura de las Cumbres UE-EEUU, el impasse de siete años en la celebración de dichas cumbres indicado en el análisis cuantitativo es una anomalía diplomática que merita reflexión. Los aludidos formatos híbridos (v. gr: “Consejo Europeo transatlántico”) son sólo una posibilidad dentro del caleidoscopio de opciones que ofrecen los amplios parámetros del Derecho de la UE; sin embargo, que algo sea jurídicamente factible no implica que sea políticamente oportuno, y convendrá siempre calibrar adecuadamente diversas circunstancias de índole política u operativa. Para empezar, dicho formato no atendería a la necesidad de “alejarse de reuniones multitudinarias”, subrayada por múltiples entrevistados. En este sentido, cabe traer a colación la sugerencia apuntada

82 KISSINGER, H., “Domestic Structure and Foreign Policy”, en KARAN, H., & ZIMMERMAN, W. (eds.), *Shaping of Foreign Policy*, Transaction Publishers, 1966, pp. 139-159, p. 144.

83 CONSEJO EUROPEO DE COPENHAGUE, “Presidency Conclusions Copenhagen European Council – 21-22 June 1993”, junio de 1993. Conclusiones disponibles en: https://www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop_en.pdf

por uno de los entrevistados de reducir el número de los participantes en las Cumbres. Una posibilidad a tal efecto sería organizar la participación europea en las Cumbres UE-EEUU en grupos rotatorios de Estados miembros, estructurados según diferentes criterios —v. gr. peso político y económico, área geográfica, mecanismos de cooperación existentes, población y afinidades geoestratégicas—. El objetivo sería reducir el número total de participantes europeos en las Cumbres UE-EEUU, permitiendo al mismo tiempo la participación o representación formal de todos los Estados miembros, en un formato que pueda resultar menos disuasorio para un Presidente de EEUU. ¿Una cuadratura del círculo? No necesariamente, como indica la praxis diplomática relativamente reciente: una fuente interna del Servicio Europeo de Acción Exterior confirmó al autor que, en una videoconferencia de 90 minutos de 16 de junio de 2020 entre el Secretario de Estado de EEUU Pompeo y los Ministros de Asuntos Exteriores de la UE, junto con el Alto Representante, las intervenciones europeas se organizaron “mediante agrupaciones geográficas o grupos de países que comparten intereses comunes”. Aplicando la misma lógica, se podrían diseñar e implementar nuevos formatos también para reuniones al más alto nivel político, para que el Presidente de EEUU se reúna con sus homólogos de los países con los que está más familiarizado, así como con representantes de otros países y de las instituciones de la UE. Los países europeos se podrían organizar en grupos determinados por criterios geográficos y económicos, valiéndose además, en su caso, de mecanismos regionales de coordinación interna (v. gr. Consejo nórdico, Asamblea Báltica, Grupo Visegrado, Benelux y Grupo de Países UE del Sur). Por ejemplo:

- Grupo 1: Alemania, Francia, Italia y España. Estos cuatro países estarían presentes al mismo tiempo, ya que son las principales economías de la UE (UE G4)⁸⁴ e interlocutores cualificados de EEUU en la UE, según confirmaron los entrevistados.
- Grupo 2: Países escandinavos y bálticos (Dinamarca, Suecia, Finlandia, Lituania, Letonia, Estonia). Estos países rotarían y uno representaría al resto; mecanismos internos podrían facilitar la coordinación (v. gr. Consejo Nórdico⁸⁵, Asamblea Báltica y Consejo Báltico⁸⁶).
- Grupo 3: Austria y países de Visegrado (Polonia, República Checa, Hungría y Es-

84 Algunas notas que confirman este punto son: GOBIERNO DE ESPAÑA. “Reunión de jefes de Estado o de Gobierno de Francia, Alemania, España e Italia”, *Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación*, 6 de marzo de 2017, http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/PARIS/es/Noticias/Paginas/Articulos/20170307_NOTI.aspx; FRANCE 24, “EU, African Leaders Meet in Paris to Discuss Migrant Crisis”, 21 de agosto de 2017, <https://www.france24.com/en/20170828-eu-african-leaders-summit-paris-migrant-crisis-refugees-merkel-macron>

85 La Cooperación Nórdica es considerada el sistema o cooperación regional más antiguo del mundo. Involucra a Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia, las Islas Feroe, Groenlandia y Åland. Sus principales organismos son el Consejo Nórdico de Ministros y el Consejo Nórdico de Cooperación Interparlamentaria (NORDIC CO-OPERATION, *Official Nordic co-operation*, 2019, <https://www.norden.org/en/information/official-nordic-co-operation>).

86 A la luz de la experiencia y las tradiciones de cooperación regional de los países nórdicos y del Benelux, la Asamblea Báltica y el Consejo Báltico fueron creados en los años 90 para fomentar la cooperación intergubernamental entre Estonia, Letonia y Lituania, y la organización a tal efecto de reuniones a múltiples niveles (Primeros Ministros, Ministros de Asuntos Exteriores y altos funcionarios) (BALTASAM ORG., *Baltic Assembly*, <https://www.baltasam.org/>).

lovaquia). Estos países rotarían y uno representaría al resto; mecanismos internos podrían facilitar la coordinación (v. gr. Grupo Visegrado⁸⁷ y sus relaciones estrechas con Austria).

- Grupo 4: Irlanda y Benelux⁸⁸ (Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo). Estos países rotarían y uno representaría al resto; mecanismos internos podrían facilitar la coordinación (v. gr. Benelux y sus estrechas relaciones con Irlanda).
- Grupo 5: Portugal, Grecia, Malta, Chipre, Eslovenia. Estos países rotarían y uno representaría al resto; mecanismos internos podrían facilitar la coordinación (v. gr. Grupo de Países del Sur de la UE⁸⁹).
- Grupo 6: Croacia, Rumanía y Bulgaria + países candidatos de los Balcanes Occidentales tras su adhesión (Serbia, Montenegro, Albania y Macedonia del Norte). Estos países rotarían y uno representaría al resto; mecanismos internos podrían facilitar la coordinación (v. gr. *Common Regional Market*, *Central European Free Trade Agreement*, *Open Balkans*⁹⁰).

Bajo este esquema, las Cumbres serían entre el Presidente de EEUU y su delegación + 9 Jefes de Estado o de Gobierno europeos + los Presidentes de la Comisión Europea y el Consejo Europeo + el Alto Representante de la UE. En total, 12 participantes europeos, en lugar de 30. Todos los Estados Miembros de la UE estarían representados, así como las instituciones clave de la UE. Una ventaja adicional de este sistema es que promovería la necesaria coordinación interna dentro de la UE.

Además, cabe subrayar que la institucionalidad de las Cumbres UE-EEUU no excluye la flexibilidad y la creatividad en el diseño de otras iniciativas diplomáticas. También se debería promover la evaluación de la conveniencia de impulsar reuniones informales conjuntas de alto nivel entre EEUU y la UE, con países que puedan presentar intereses estratégicos para ambos actores. Casos históricos como la Conferencia de Paz de Madrid de 1991 —que puso no obstante de manifiesto la ausencia de contribuciones europeas al proceso de paz de Oriente

87 El Grupo de Visegrado es una organización de cooperación regional entre Eslovaquia, Hungría, Polonia y la República Checa vigente desde 1991. Organiza cumbre a distintos niveles (Jefes de Estado o de Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores, altos funcionarios).

88 El Benelux se fundó como unión aduanera en 1944. Una serie de acuerdos dieron lugar a la Unión Económica del Benelux, establecida en 1958. En 2008, la cooperación se renovó bajo el nombre de Unión del Benelux, con instituciones comunes (Comité de Ministros, Consejo, Secretaría General, Consejo Consultivo Interparlamentario y Tribunal de Justicia).

89 Francia, Italia y España también forman parte del Grupo de Países del Sur de Europa, que celebra cumbres a nivel de Jefes de Estado o de Gobierno.

90 Iniciativas de integración regional en los Balcanes Occidentales, con desarrollo dispar y frecuente solapamiento de sus funciones. Sobre este tema, revisar: MINIĆ, J., “The dynamics and context of regional cooperation in the Western Balkans”, *International Issues & Slovak Foreign Policy Affairs*, núm. 4, 2013, pp. 21-39. <https://www.ceeol.com/search/viewpdf?id=8859>; DANGERFIELD, M., “Regional cooperation in the Western Balkans: Stabilisation device or integration policy?”, *Perspectives on European Politics and Society*, núm. 2, 2004, pp. 203-241. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15705850408438886>; SINORUKA, F., Leaders Sign New “Open Balkan” Agreements in Albania, 21 de diciembre de 2021, <https://balkaninsight.com/2021/12/21/leaders-sign-new-open-balkan-agreements-in-albania/>

Medio⁹¹— indican que la organización de cumbres con potenciales consecuencias de amplio alcance es, en gran medida, una cuestión de voluntad política, habilidad diplomática y química personal entre los promotores respectivos, lo que subraya una vez más el relevante papel del individuo en procesos históricos (*human agency*). El papel del Alto Representante puede ser crucial a tal propósito y requerirá establecer previamente una relación personal (forjada a través de visitas y contactos telefónicos constantes) con Washington, pero también con las principales capitales de la UE y el resto del mundo (como fue la práctica del Alta Representante Solana).

El debate sobre posibles formatos de cumbres es una mera adición, en todo caso, a la necesaria reflexión sobre las medidas diplomáticas que pudieran llevarse a cabo para evitar que se repita el pasado impasse en el sistema de Cumbres UE-EEUU. Por ejemplo, algunas medidas que se sugirieron en 2019 con este fin fueron: convocar una Cumbre UE-EEUU que anunciara una nueva relación especial, realizar una cena de Estado en la Casa Blanca para los Presidentes de la Comisión Europea y del Consejo Europeo, organizar un discurso del Presidente de la Comisión Europea ante una sesión conjunta del Congreso de EEUU, hacer que Bruselas sea la primera escala en un viaje del Presidente de EEUU a Europa, y/o organizar un discurso del Presidente de EEUU en el Parlamento Europeo⁹².

En cuanto al factor inhibitor de complejidad burocrática e institucional, es evidente que la UE es una criatura política sui generis y compleja. Madeleine Albright afirmó exasperada, con sorna, que “para entender la UE hay que ser un genio o un francés”⁹³. Además, la naturaleza estratégica del diálogo transatlántico y su contribución a la seguridad y prosperidad de EEUU no son necesariamente evidentes por sí mismas, no deben darse por sentadas y deben explicarse a fondo y justificarse de manera convincente. La tendencia en las capitales europeas a asumir que la salud de la relación transatlántica viene determinada por el esfuerzo que un determinado Presidente estadounidense decida invertir en ella, debe equilibrarse con la visión,

-
- 91 A dicha Conferencia, organizada por España y copresidida por el Presidente estadounidense Bush y el Presidente soviético Mikhail Gorbachev, asistieron delegaciones israelíes, egipcias, sirias y libanesas, así como una delegación conjunta jordano-palestina. Por primera vez, todas las partes del conflicto árabe-israelí se reunieron para mantener negociaciones directas, un hecho sin precedentes en la historia. Si bien EEUU continuó catalizando el proceso diplomático en la década de 1990, la Conferencia de Madrid convirtió oficialmente el manejo del conflicto en un esfuerzo multilateral, y luego canalizó el apoyo político y financiero de Estados europeos individuales, la UE, Canadá, Japón, Arabia Saudita y otros. Sin embargo, el impacto a largo plazo de la Conferencia fue más limitado de lo esperado. Las conversaciones posteriores en Washington entre representantes israelíes, sirios, jordanos y palestinos se estancaron en 1993 y fueron anuladas por negociaciones secretas israelí-palestinas e israelí-jordanas. Tales negociaciones desembocaron en la Declaración de Principios Israelí-Palestina (el llamado “Acuerdo de Oslo”) de septiembre de 1993, y el tratado de paz entre Israel y Jordania de octubre de 1994 (RODRÍGUEZ, F., “The 1991 Madrid Peace Conference: U.S. Efforts Towards Lasting Peace in the Middle East Between Israel and its Neighbors”, *University of New Orleans Dissertations and Theses*, 1343, 2011, pp. 1-56).
- 92 BERGMANN, M., “Embrace the Union. A New Progressive Approach for Reviving the Trans-Atlantic Alliance”, *CAP*, 31 de octubre de 2019, <https://www.americanprogress.org/article/embrace-the-union/>
- 93 COTTRELL, R., “My Continent, right or wrong”, *The Economist*, 21 de Octubre de 1999, <https://www.economist.com/special-report/1999/10/21/my-continent-right-or-wrong>

en Washington, de que el valor de la relación transatlántica depende de su relevancia perceptible para los intereses estratégicos de EEUU⁹⁴.

Una posibilidad apuntada por uno de los entrevistados, con objeto de intentar facilitar la interlocución transatlántica en este marco de complejidad, es promover en Europa la creación de enviados especiales, altos representantes o embajadores en misión especial, que actúen como referentes o puntos de contacto para crisis específicas. Para que este ejercicio fuese realmente efectivo, podría argumentarse, a la luz de los hallazgos de este estudio, que los altos representantes tendrían que ser figuras respetadas y de alto perfil, que pudieran coordinar de forma eficaz *ad intra* —crear unidad estratégica dentro de las instituciones de la UE y los Estados miembros—, así como *ad extra* —actuar como interlocutores efectivos con autoridades de terceros países—. El Coordinador Europeo de gestión de crisis es Janez Lenarčič, el Comisario esloveno, un diplomático experimentado, aunque relativamente desconocido fuera de círculos tecnocráticos. El caso de Javier Solana es un precedente claro en la UE de coordinador con peso político y prestigio internacional. Más recientemente, y en un contexto completamente diferente, el nombramiento de Michel Barnier como “Mr. Brexit” y su papel efectivo como negociador jefe de la UE, demuestra que, cuando hay voluntad política en la UE de trabajar de manera conjunta en aras de un objetivo estratégico, es capaz de actuar eficazmente. ¿Necesita la UE más Barniers o Solanas? La pregunta no es baladí y su relevancia va más allá del diálogo transatlántico: si EEUU tiene problemas para comprender la lógica y el funcionamiento de la UE como actor internacional, bien puede colegirse que otras grandes potencias, como China, India o Japón, pudieran tener problemas similares.

VI. CONCLUSIONES

El objetivo principal de este trabajo es doble: evaluar la relevancia que tuvo el Tratado de Lisboa, desde su entrada en vigor hasta la administración Trump inclusive, para la promoción del diálogo transatlántico; e identificar posibles factores endógenos que inhibieron la eficacia, para fines de diálogo transatlántico, de las instituciones de política exterior creadas por el Tratado —sin perjuicio de los factores exógenos, complejos y plurales, que dificultaron la relación transatlántica—.

Este objetivo doble se concreta de forma operativa en dos preguntas de investigación básicas.

Para abordar la primera pregunta de investigación (¿Qué supuso el Tratado de Lisboa, desde su entrada en vigor hasta la administración Trump, para el diálogo político de alto nivel UE-EEUU?), se parte de un análisis cualitativo histórico, a la luz del cual se concluye que se produjo un deterioro en el diálogo político UE-EEUU de alto nivel a lo largo de los períodos anterior y posterior al Tratado de Lisboa⁹⁵. Siguiendo un diseño de métodos mixtos de investigación secuenciales cualitativos-cuantitativos, esta conclusión se verifica y amplía mediante

94 NIBLETT, R., “The Second Obama Term: Where Does the Transatlantic Alliance Go from Here?”, *Politique Étrangère Summer Issue*, núm 2, 2013, pp. 13-25.

95 RENEDO, A., *The Lisbon Treaty and Transatlantic Dialogue: significance and inefficiencies*. Publications Office of the EU. Luxembourg. 2023, En Prensa.

un análisis cuantitativo, basado en datos sistematizados que se refieren a tres indicadores conductuales: Cumbres UE-EEUU, reuniones sectoriales y visitas de la administración estadounidense a Bruselas. Los hallazgos del análisis mixto permiten concluir que: el deterioro del diálogo político de alto nivel se aceleró después de la entrada en vigor del Tratado, como reflejan los datos sobre las Cumbres UE-EEUU; las reuniones sectoriales de nivel inferior proliferaron después del Tratado de Lisboa, pero no son funcionalmente equivalentes al diálogo político a través de las Cumbres UE-EEUU⁹⁶; tras el Tratado de Lisboa, la presencia de la administración estadounidense en Bruselas disminuyó, a pesar de las esperanzas razonables de que hubiera podido aumentar, ya que en principio las Cumbres UE-EEUU post-Lisboa deberían celebrarse sólo en Bruselas⁹⁷. Por otro lado, los aspectos económicos de la asociación transatlántica se mantuvieron estables o incluso favorables, según datos sobre el comercio UE-EEUU y la inversión extranjera directa; a la luz de ello, se puede considerar que los factores económicos y comerciales no ofrecen una explicación completa para el declive del diálogo transatlántico en el período de análisis.

Para abordar la segunda pregunta de investigación (Desde la perspectiva de EEUU, ¿por qué las instituciones de política exterior creadas por el Tratado de Lisboa fueron ineficaces para promover, durante el periodo de análisis en cuestión, el diálogo político de alto nivel entre la UE y los EEUU?), se triangulan los hallazgos citados *supra* con los recopilados a partir de ocho entrevistas cualitativas pautadas con altos cargos del Gobierno de EEUU de cuatro administraciones diferentes que participaron en episodios clave del diálogo transatlántico. Los resultados de la triangulación permiten llegar a la conclusión de que, en lo que respecta al diálogo transatlántico, el Tratado de Lisboa no solo tuvo un rendimiento subóptimo; lo que es más, el modo en el que se implementaron sus instituciones de política exterior fue contraproducente. Ello trae causa de tres factores endógenos que inhibieron, desde la perspectiva de la diplomacia estadounidense, la eficacia del marco diplomático de la UE posterior al Tratado de Lisboa para la interlocución con la administración estadounidense: 1) los perfiles políticos de los titulares de las instituciones de política exterior de la UE, 2) el formato de las Cumbres UE-EEUU y 3) la complejidad institucional y burocrática de la UE. El primer factor está relacionado con la acción humana individual (*human agency*) en procesos históricos y la asociación trazada por la psicología social entre liderazgo y habilidades cognitivas; el segundo factor se refiere a una praxis intraorganizacional disfuncional a la hora de estructurar Cumbres UE-EEUU; y el tercer factor está asociado a ineficiencias en los procedimientos decisorios en materia de política exterior de la UE derivadas de un diseño institucional subóptimo.

A la luz de estos hallazgos —que proporcionan información primaria que pudiera facilitar futuras investigaciones sobre ineficiencias en la implementación de instituciones de política exterior de la UE— se llega a la conclusión de que el declive en las relaciones políticas entre

96 Como se explica previamente en este estudio, el diálogo al máximo nivel puede: desbloquear avances políticos obstruidos en los niveles inferiores; permitir la adopción de decisiones de mayor alcance; fomentar la confianza y las relaciones interpersonales de alto nivel, especialmente importantes para las relaciones interestatales y las dinámicas de gestión de crisis; y dar impulso al desarrollo de redes interadministrativas de diálogo institucionalizado.

97 Antes del Tratado de Lisboa, tenían lugar en EEUU o en el Estado miembro de la UE que ejercía la Presidencia rotatoria del Consejo de la UE.

EEUU y la UE, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa hasta la administración Trump inclusive, se produjo *a pesar* de dicho Tratado y también *a causa* de él —o, más precisamente, a causa del modo en que se implementaron sus innovaciones institucionales de política exterior—. Esta conclusión es consistente con lo que se ha considerado una “relación inversa entre el desarrollo institucional y la efectividad de las políticas”⁹⁸.

Entre los citados factores inhibidores endógenos, descuella el de los perfiles políticos de los titulares de las instituciones de la UE. Los entrevistados coincidieron en que ello ha contribuido claramente al rendimiento subóptimo de Bruselas en su interacción con Washington, y pudiera mejorarse mediante decisiones políticas, sin modificación de Tratados ni estructuras. Un liderazgo efectivo, por parte de los perfiles adecuados, podría 1) atenuar el efecto negativo sobre el diálogo transatlántico de los otros factores endógenos identificados —disfuncionalidades en los formatos de las Cumbres y complejidad de la arquitectura política y decisoria la UE—; y 2) impulsar las decisiones políticas necesarias para abordar de manera efectiva tales factores.

Partiendo de la validez del argumento de que la tendencia a nombrar a figuras de bajo perfil como titulares de las instituciones de la UE es hoy posiblemente estructural y difícil de superar debido a *realpolitik* e inercias intergubernamentales, no está escrito en piedra que ello deba permanecer inalterado en el futuro. La misión histórica de la UE es rescatar a Europa de la *realpolitik*, facilitando el logro de ganancias absolutas, y no hacer de Europa un vehículo de *realpolitik*⁹⁹. Y cada vez está más claro que, si la UE quiere competir exitosamente en el mundo del siglo XXI, necesita empoderar verdaderamente a las instituciones que ha creado a lo largo de su proceso de construcción. Cuando los Estados miembros —sus gobiernos, sus parlamentos, sus opiniones públicas— tomen plena consciencia de que hacerlo favorecerá la promoción de sus intereses en términos absolutos, quizás den el gran salto adelante.

Un potencial campo para la investigación futura es la posibilidad, apuntada por algunos entrevistados, de que el capital político del Alto Representante post-Lisboa se vea socavado por su mediación, en calidad de Vicepresidente de la Comisión Europea, en ámbitos políticos delicados y espinosos —v.gr. fiscalidad, comercio, competencia—. No obstante, no se recogieron en esta investigación datos concluyentes sobre una correlación entre la vinculación político-administrativa con la Comisión del Alto Representante post-Lisboa y una eventual merma en su capacidad de interlocución. Cabe recalcar, además, que dicha vinculación no implica una obligación *de iure* de que el Alto Representante asuma funciones de mediación técnica. Se trata de una cuestión de elección política, estilo personal y/o enfoque estratégico de unas funciones establecidas en el Derecho primario de la UE con amplio margen de discrecionalidad interpretativa.

98 MÜNCHAU, W., “The dictator and us. The real scandal is not sofatgate, but a feckless foreign policy”, *Euro Intelligence*, 10 de abril de 2021, <https://www.eurointelligence.com/column/diplomacy>

99 TOJE, A., “The European Union as a Small Power, or Conceptualizing Europe’s Strategic Actorness”, *Journal of European Integration*, núm. 2, pp. 199-215.

NOTAS

APORTES DE LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚM. 26 DEL COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES A LA PROGRESIVA AFIRMACIÓN DE LA TIERRA COMO DERECHO HUMANO

CONTRIBUTIONS OF GENERAL COMMENT NO. 26 OF THE UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS TO THE PROGRESSIVE AFFIRMATION OF LAND AS A HUMAN RIGHT

CHRISTOPH R. SCHREINMOSER*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA TIERRA COMO CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS. III. LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚM. 26 DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. IV. LA IMPORTANCIA DE LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚM. 26 EN EL CONTEXTO DE LA PROGRESIVA AFIRMACIÓN DE LA TIERRA COMO DERECHO HUMANO. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Esta nota aborda la Observación general núm. 26, relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales, aprobada hacia finales del año 2022 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En dicha Observación general, el Comité analiza y delimita las obligaciones de los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en materia de acceso, uso y control de la tierra. Basándose en el análisis de su contexto y contenido, la presente nota sostiene que la Observación general, que se presenta en un momento de creciente presión sobre la tierra y los derechos de sus usuarios, constituye una importante contribución a la progresiva afirmación de la tierra como derecho humano.

ABSTRACT: *This note addresses General Comment No. 26 on land rights and economic, social and cultural rights, adopted towards the end of 2022 by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. In this General Comment, the Committee analyses and delimits the obligations of States parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights with regard to access, use and control over land. Based on the analysis of its context and content, the present note argues that the General Comment, which comes at a time of increasing pressure on land and land users' rights, constitutes an important contribution to the progressive affirmation of land as a human right.*

PALABRAS CLAVE: Derecho a la tierra; derechos humanos; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Naciones Unidas.

Fecha de recepción del trabajo: 16 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de diciembre de 2023.

* Profesor sustituto en Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidade da Coruña, Facultad de Derecho, Elviña, 15071 A Coruña, España (c.r.schreinmoser@udc.es). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0138-9823>. Esta nota se ha redactado en el marco del proyecto de investigación “La dimensión marítima del Pacto Verde Europeo” (referencia: PID2020-117054RB-I00), financiado por MCIN / AEI / 10.13039/501100011033, del que el autor es miembro del grupo de trabajo. Todas las traducciones son nuestras. Todas las páginas webs mencionadas en esta nota han sido consultadas por última vez el 1 de diciembre de 2023.

KEYWORDS: *right to land; human rights; Committee on Economic, Social and Cultural Rights; United Nations.*

I. INTRODUCCIÓN

Hacia finales del año de 2022, durante su septuagésimo segundo periodo de sesiones, que se celebró del 26 de septiembre al 14 de octubre de ese año, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC) aprobó su, hasta la fecha, más reciente Observación general. En esta Observación general núm. 26, relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante: Observación general o OG26)¹, el Comité analiza —como su propio nombre indica— las obligaciones en materia de acceso, uso y control de la tierra que se derivan para los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)².

La OG26 del CDESC llega en un momento en que las desigualdades existentes en el acceso a la tierra y a los recursos naturales para amplias partes de la población mundial se ven cada vez más afianzadas por una serie de fenómenos actuales, entre ellos las consecuencias crecientes del cambio climático de origen humano³. En consecuencia, las consideraciones de este órgano de expertos independientes, encargado de supervisar la observancia del PIDESC por parte de los Estados partes, respecto a las obligaciones de derechos humanos en contextos relacionados con la tierra, pueden considerarse de gran relevancia y actualidad.

Esta nota analiza la Observación general del CDESC y la relevancia que tiene para la afirmación de la tierra como derecho humano en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos. Para ello, en primer lugar, contextualiza la Observación general, esbozando brevemente la evolución de la inclusión de la tierra como una cuestión de derechos humanos. En segundo lugar, pasa a abordar la OG26, presentando su estructura y contenido. Por último, basándose en las secciones anteriores, valora la importancia de la Observación general en el contexto de la afirmación progresiva de la tierra como derecho humano, tanto en cuanto derecho autónomo como en cuanto elemento integrante de otros derechos humanos, resaltando sus principales aportaciones a este proceso en curso.

II. LA TIERRA COMO CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Poco hace falta decir sobre la importancia, tan obvia, de la tierra tanto para los individuos como para las comunidades humanas. Constituye la base sobre la que los seres humanos desa-

1 CDESC, *Observación general núm. 26 (2022), relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/GC/26.

2 *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado el 16 de diciembre de 1966, *UNTS* vol. 993, p. 3.

3 Como señala sucintamente HUBER, los fenómenos del cambio climático, como las sequías, las inundaciones o la subida del nivel del mar, ya están afectando a la subsistencia de muchos pequeños agricultores, obligándoles a abandonar sus tierras y a trasladarse a las ciudades, convirtiendo el cambio climático en una fuerza de proletarización cada vez más potente. HUBER, M. T., *Climate Change as Class War: Building Socialism on a Warming Planet*, Verso Books, London, 2022, pp. 35-36.

rollan su vida. Por tanto, no sólo es un elemento vital necesario para su supervivencia física (agricultura, espacio vital, actividades económicas, desarrollo, ...), sino también para su existencia espiritual. Nuestras cosmovisiones individuales y colectivas están fundamentalmente informadas por referencias a la noción de territorio, lo que convierte a la tierra en una piedra angular de las culturas humanas. En estrecha relación con esto, la tierra es también un fundamento del orden político y jurídico internacional contemporáneo. Después de todo, la posesión de un territorio determinado sobre el que ejercer la soberanía territorial es un elemento constitutivo del Estado territorial moderno, el actor internacional dominante desde la paz de Westfalia de 1648. Finalmente, el control sobre la tierra, especialmente aquella cultivable, rica en recursos o edificable, es también un medio de poder, exclusión y dominación⁴ —más que nunca en el contexto de la catástrofe climática del Antropoceno, que reduce drásticamente la tierra apta para sustentar comunidades humanas funcionales.

En consecuencia, no es de extrañar que la tierra o, más concretamente, el poder de disponer de ella se haya reconocido progresivamente en las últimas décadas también como una cuestión de derechos humanos. En particular, pueblos, poblaciones y colectivos vulnerables y marginados en el Sur Global reclaman con fuerza derechos sobre lo que consideran sus tierras, entrando a menudo en conflicto con las concepciones eurocéntricas de la propiedad legal. En países de todo el mundo han surgido movimientos populares por el derecho a la tierra que reivindican su derecho a usar, poseer, beneficiarse y decidir sobre el desarrollo de sus tierras como una cuestión de justicia social⁵.

En lo que respecta al Derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, la evolución y las reivindicaciones de un derecho a la tierra aún no se han visto plenamente plasmadas. Así, *de lege lata* no existe, o todavía no existe, un derecho a la tierra de carácter general

4 La tierra se encuentra, por ejemplo, en el centro de la dinámica de la dominación colonial. La desposesión y dislocación sistemáticas de las poblaciones indígenas constituyó, y sigue constituyendo, un elemento fundamental del proceso de expansión imperial. Como escribe Edward SAID, “[p]ensar en lugares lejanos, colonizarlos, poblarlos o despoblarlos: todo esto ocurre en, sobre o a causa de la tierra. La posesión geográfica real de la tierra es de lo que, en última instancia, trata el imperio”. SAID, E., *Culture and imperialism*, Vintage Books, Nueva York, 1994, p. 78. En la actualidad, tales procesos de “acumulación por desposesión” colonial y capitalista continúan sin interrupción. En el estado brasileño de Mato Grosso do Sul, por ejemplo, el desplazamiento en curso de los miembros del pueblo Guaraní-Kaiowá de sus tierras ancestrales en favor de la agroindustria, junto con la deforestación y la violencia que lo acompañan, ha llevado a la comunidad indígena al borde de la extinción como comunidad cultural distintiva. Véase NACCACHE, G., “Genocide and settler colonialism: How a Lemkinian concept of genocide informs our understanding of the ongoing situation of the Guaraní Kaiowá in Mato Grosso do Sul, Brazil” en BACHMAN, J. S., *Cultural Genocide: Law, Politics, and Global Manifestations*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 118-139. De forma similar, en Vanuatu las enajenaciones a gran escala de tierras a extranjeros durante el periodo colonial del país siguen afectando negativamente al acceso y control de los propietarios consuetudinarios sobre sus tierras tradicionales, en favor de los promotores inmobiliarios. Véase FARRAN, S., “Land as a Fundamental Right: A Cautionary Tale”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 40, núm. 1, 2009, pp. 387-402, pp. 396-397. Hemos tomado el término “acumulación por desposesión” de David HARVEY. HARVEY, D., *The New Imperialism*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 137-182.

5 GILBERT, J., “Land Rights as Human Rights: The Case for a Specific Right to Land”, *Sur – International Journal on Human Rights*, vol. 10, núm. 18, 2013, pp. 114-135, p. 116.

reconocido internacionalmente⁶. Como señala GILBERT, todos los principales tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas guardan silencio sobre esta cuestión, con la única excepción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés)⁷, que aborda parcialmente la cuestión del derecho a la tierra en el marco de la eliminación de la discriminación contra la mujer en las zonas rurales⁸. Es cierto que una faceta importante del derecho a la propiedad se refiere también a la propiedad sobre la tierra⁹. Empero, como derecho individual de los terratenientes, principalmente informado y delimitado por el pensamiento neoliberalista occidental¹⁰, no representa el espectro íntegro de los derechos sobre la tierra. De hecho, en el caso de los pueblos indígenas y las poblaciones sin tierra, los derechos de propiedad privada sirven a menudo para limitar su acceso a tierras comunales o ancestrales y su poder de disposición sobre ellas¹¹. No obstante, en los últimos veinte años se han producido varios avances, que constituyen pasos importantes en el reconocimiento jurídico internacional del derecho a la tierra como derecho humano y que han dado lugar a decisiones judiciales de gran alcance.

En primer lugar, la importancia de la tierra, y de la facultad de ejercer control sobre ella, ha sido reconocida en repetidas ocasiones en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas. Hoy en día está generalmente reconocido que la tierra es un elemento esencial para la supervivencia y el desarrollo físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas. Para muchas comunidades indígenas en todo el mundo, la tierra forma parte inherente de su identidad y patrimonio colectivos¹². Esta relación ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que, en 2001, afirmó que

“[t]odos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos”¹³.

6 Véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Land and Human Rights: Standards and Applications*, 2015, pp. 7-8, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Land_HR-StandardsApplications.pdf.

7 *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada el 18 de diciembre de 1979, *UNTS* vol. 1249, p. 1.

8 GILBERT, J., *op. cit.*, p. 117.

9 Sobre los derechos sobre la tierra como derechos de propiedad, véase también *Ibid.*, pp. 117-118.

10 FARRAN, S., *op. cit.*, p. 390.

11 Como señala GONZÁLEZ NÚÑEZ, por ejemplo, el derecho de propiedad no protege adecuadamente la tenencia consuetudinaria o informal de la tierra de muchos campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales, lo que fomenta su desposesión y desplazamiento. GONZÁLEZ NÚÑEZ, D., “Peasant’s Right to Land: Addressing the Existing Implementation and Normative Gaps in International Human Rights Law”, *Human Rights Law Review*, vol. 14, núm. 4, 2014, pp. 589-609, pp. 598-602.

12 Sobre la importancia cultural, espiritual y social de la tierra en el caso de los ni-Vanuatu y otras comunidades de las islas del Pacífico, véase por ejemplo FARRAN, S., *op. cit.*, pp. 392-395.

13 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C núm. 79, p. 25.

Este reconocimiento de la relación esencial entre los pueblos indígenas y sus tierras ancestrales ha encontrado reconocimiento en varios instrumentos jurídicos internacionales. El Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989¹⁴ dedica todo un capítulo a la cuestión, otorgando una importante protección a los derechos territoriales indígenas. Según el Convenio, los Estados partes deberán respetar la importancia especial que para las culturas y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras, en particular sus aspectos colectivos (art. 13). Además, deberán reconocer los derechos de propiedad y posesión de los pueblos interesados sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14.1), garantizar la protección efectiva de estos derechos (art. 14.2) y establecer procedimientos adecuados para resolver las reivindicaciones territoriales (art. 14.3). Es importante destacar que la salvaguarda incluye también los derechos de las comunidades indígenas a los recursos naturales pertenecientes a sus tierras (art. 15) y que, como norma general, no serán desplazadas de las tierras que ocupan (art. 16). Aunque hasta la fecha el Convenio sólo cuenta con 24 ratificaciones, constituye un pilar importante de la protección de los pueblos indígenas, especialmente dado que representa el único instrumento jurídicamente vinculante abierto a ratificación a nivel internacional que reconoce explícitamente los derechos indígenas sobre la tierra¹⁵.

Otro punto clave del reconocimiento jurídico de los derechos territoriales de los pueblos indígenas fue la adopción, el 13 de septiembre de 2007, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI)¹⁶. Dentro de la DNUDPI los derechos sobre la tierra constituyen un asunto destacado, abordándose directa o indirectamente en muchos de sus artículos. La Declaración los aborda de forma holística, reconociendo en términos amplios el derecho de las comunidades indígenas a las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido (art. 26.1). Los Estados tienen la responsabilidad de reconocer los sistemas indígenas de tenencia de la tierra y de proteger sus tierras, territorios y recursos (arts. 26.3, 27). En caso de desposesión de comunidades indígenas, deberá procederse a su reparación, preferentemente en forma de restitución (art. 28). Además, los derechos territoriales indígenas reconocidos en la DNUDPI incluyen también el derecho a la protección del medio ambiente de sus tierras (art. 29) y a decidir las prioridades de su desarrollo (art. 32). Una serie de disposiciones procedimentales, destinadas a garantizar una participación efectiva según el estándar del consentimiento libre, previo e informado, refuerzan la protección de los derechos sustanciales consagrados en la Declaración¹⁷. Como declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la DNUDPI es un instrumento de *soft law* y, como tal, no ge-

14 *Convenio (núm. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989, UNTS vol. 1650, p. 383.

15 Sobre la relevancia del Convenio, véase LARSEN, P. B. y GILBERT, J., “Indigenous rights and ILO Convention 169: learning from the past and challenging the future”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, núms. 2-3, 2020, pp. 83-93. Sobre el doble reto de su ratificación y aplicación en particular, véase LARSEN, P. B., “Contextualising ratification and implementation: a critical appraisal of ILO Convention 169 from a social justice perspective”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, núms. 2-3, 2020, pp. 94-111.

16 *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/RES/61/295, Asamblea General, Sexagésimo primer periodo de sesiones, 13 de septiembre de 2007.

17 Véanse los arts. 10, 18, 19, 29.2, 32.2.

nera obligaciones jurídicas para los Estados. No obstante, dado el amplio apoyo de los Estados, tiene un gran peso moral y político y ha sido invocada en el trabajo de los órganos de tratados internacionales¹⁸, así como en tribunales regionales¹⁹ y nacionales²⁰.

Además, aparte de estos reconocimientos explícitos de los derechos sobre la tierra, la jurisprudencia internacional y regional ha interpretado diversos derechos humanos en el sentido de que, en el contexto indígena, incluyen, implícitamente, también derechos relacionados con la tierra²¹. El Comité de Derechos Humanos (CDH), por ejemplo, se ha ocupado ampliamente de los derechos territoriales de las comunidades indígenas en su jurisprudencia relativa al art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²². Del mismo modo, también la Corte IDH ha desarrollado una rica jurisprudencia sobre los derechos indígenas a la tierra. Al hacerlo, se ha basado especialmente en el derecho a la propiedad privada consagrado en el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²³, que ha interpretado como incluyendo un derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunal²⁴. En este contexto, también ha establecido una conexión entre las tierras ancestrales de las comunidades indígenas y su derecho a la identidad cultural²⁵. Finalmente, también la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) ha reconocido los derechos de los pueblos indígenas a disponer de sus tierras, considerándolos en el marco del derecho de los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (art. 21 Convención Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos), así como de los derechos a practicar la religión (art. 8), a la propiedad (art. 14), a participar en la vida cultural (art. 17.2) y al desarrollo (art. 22)²⁶.

18 El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), por ejemplo, ha reconocido explícitamente que la DNUDPI “constituye un marco autorizado para interpretar las obligaciones de los Estados partes y las obligaciones básicas en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”. Comité CEDAW, *Recomendación general núm. 39 (2022) sobre los derechos de las mujeres y las niñas Indígenas*, CEDAW/C/GC/39, párr. 13.

19 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C núm. 172, p. 25

20 Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Belize, *Aurelio Cal et al. Vs. Attorney General of Belize*, Sentencia de 18 de octubre de 2007. Acerca del potencial de la DNUDPI mas generalmente, véase BARELLI, M., “The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, núm. 4, 2009, pp. 957-983.

21 Para un análisis extenso de esta “articulación jurisprudencial” de los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas, véase PENTASSUGLIA, G., “Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 22, núm. 1, 2011, pp. 165-202.

22 Véanse, *inter alia*, CDH, *Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada*, Comunicación núm. 167/1984, CCPR/C/38/D/167/1984, 26 de marzo de 1990; CDH, *Länsman et al. v. Finland*, Comunicación núm. 511/1992, CCPR/C/52/D/511/1992, 26 de octubre de 1994; CDH, *Ángela Poma Poma v. Peru*, Comunicación núm. 1457/2006, CCPR/C/95/D/1457/2006, 27 de marzo de 2009.

23 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptado el 22 de noviembre de 1978, *UNTS* vol. 1144, p. 123.

24 Véanse, entre otras, Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, pp. 77-80; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C núm. 146, pp. 69-76; Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C núm. 245, pp. 39-72.

25 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, pp. 66-69;

26 Véanse CADHP, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) / Nigeria*, Comunicación núm. 155/96, 27 de octubre de 2001; CADHP, *Centre for*

En segundo lugar, los derechos relacionados con la tierra se han afirmado también en el contexto de los derechos de la mujer y la eliminación de la discriminación por razón de género. Como ya se ha mencionado brevemente, la CEDAW contiene algunas alusiones a este asunto en relación con los derechos de las mujeres en las zonas rurales. Así, según el art. 14.2.g de la Convención, los Estados partes tienen la obligación de garantizar que las mujeres que viven en zonas rurales tengan derecho a acceder a créditos y préstamos agrícolas, a servicios de comercialización, a las tecnologías apropiadas y a la igualdad de trato en los planes de reforma agraria y de reasentamiento. Estas cuestiones han sido desarrolladas posteriormente por el Comité CEDAW en su Recomendación general núm. 34²⁷, en la que dedicó una sección específica a las obligaciones de los Estados partes en relación con la tierra y los recursos naturales. El Comité reconoce que las mujeres sufren una discriminación sistemática en el acceso a la tierra y a los recursos naturales y establece una amplia gama de medidas que los Estados partes deberían adoptar para superar esta situación, incluido el fortalecimiento de los mecanismos de defensa de los derechos de las mujeres a la tierra, el agua y otros recursos naturales²⁸. Además, el Comité ha abordado los derechos relacionados con la tierra en sus Recomendaciones generales sobre las consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución²⁹ y, recientemente, sobre los derechos de las mujeres y niñas indígenas³⁰.

En tercer lugar, más recientemente, se ha producido un creciente reconocimiento de los derechos de los campesinos en el ordenamiento internacional, con los derechos sobre la tierra en un lugar destacado. Este proceso contribuye a colmar importantes lagunas en la protección jurídica de este grupo, frecuentemente marginado³¹. El punto álgido provisional de esta evolución en curso en el Derecho internacional de los derechos humanos lo constituye la adopción, el 17 de diciembre de 2018, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales (DNUDC)³². La Declaración, ambiciosa en su alcance, sitúa el control sobre la tierra y los recursos naturales en el centro de las reivindicaciones de los campesinos. Reconociendo la relación especial entre los campesinos y la tierra de la que depende su sustento, proclama que “[l]os campesinos a otras personas que viven en zonas rurales tienen derecho a la tierra, individual o colectivamente

Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, Comunicación núm. 276/2003, 25 de noviembre de 2009.

27 Comité CEDAW, *Recomendación general núm. 34 (2016) sobre los derechos de las mujeres rurales*, CEDAW/C/GC/34.

28 *Ibid.*, párrs. 5, 55-78.

29 Comité CEDAW, *Recomendación general núm. 29 (2013) relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución)*, CEDAW/C/GC/29, párrs. 49-53.

30 Comité CEDAW, *Recomendación general núm. 39 (2022) sobre los derechos de las mujeres y niñas indígenas*, CEDAW/C/GC/39, párrs. 56-57. Cabe mencionar asimismo que el Comité CEDAW ha concedido a los derechos relativos a la tierra un papel destacado también en sus Observaciones finales acerca de los informes periódicos de los Estados partes. Véase GILBERT, J., *op. cit.*, pp. 122-123.

31 Sobre tales lagunas de protección, y cómo el reconocimiento de un derecho a la tierra para la población rural puede ayudar a superarlas, véase GONZÁLEZ NÚÑEZ, D., *op. cit.*, pp. 589-609.

32 *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales*, A/RES/73/175, Asamblea General, Septuagésimo tercer período de sesiones, 17 de diciembre de 2018.

[...] y en especial tienen derecho a acceder a la tierra, las masas de agua, las aguas costeras, las pesquerías, los pastos y los bosques, así como a utilizarlos y gestionarlos de manera sostenible para alcanzar un nivel de vida adecuado, tener un lugar en el que vivir con seguridad, paz y dignidad y desarrollar su cultura” (art. 17.1)³³. Otras disposiciones de la DNUDC se refieren a la eliminación de las discriminaciones en relación con el derecho a la tierra³⁴, la protección de los campesinos frente a los desplazamientos arbitrarios³⁵, la facilitación del acceso equitativo a la tierra³⁶, la protección del medio ambiente³⁷, así como la participación de los campesinos en los procesos de toma de decisiones³⁸.

Cabe mencionar que la DNUDC, desde luego, no es un instrumento jurídicamente vinculante. Es más, como bien señala MARTÍN LÓPEZ, la Declaración contó también con la desaprobación de una parte importante de los Estados —con ocho votos en contra y no menos de cincuenta y cuatro abstenciones— lo que hace necesario buscar estrategias para garantizar la aplicación en la práctica de los derechos en ella consagrados³⁹. No obstante, es innegable que la adopción de la Declaración constituye un primer paso importante y que reviste a las reivindicaciones de los campesinos de un cierto poder normativo y político. Como tal, “permite formular reivindicaciones en virtud de un derecho superior, especialmente ante los tribunales y otras autoridades de los numerosos Estados que la han aceptado”⁴⁰.

En suma, podemos observar que en los últimos años los derechos sobre la tierra han conseguido progresivamente atención en el discurso y la práctica de los derechos humanos y se han afirmado, en mayor o menor medida, en relación con varios grupos vulnerables. Es en este contexto en el que debemos situar también la reciente Observación general núm. 26 del CDESC, cuyo contenido pasaremos a analizar a continuación.

33 Sobre la naturaleza, el contenido y el alcance de este derecho a la tierra, véase MARTÍN LÓPEZ, M. A., “Estudio sobre la naturaleza y el contenido del derecho a la tierra en el ordenamiento jurídico internacional”, en MARTÍN LÓPEZ, M. A. (coord.), *Hacia la consolidación del derecho a la tierra en el orden internacional*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 15-34, pp. 26-33.

34 Arts. 4.2, 17.2.

35 Arts. 17.3, 17.4, 17.5, 24.3.

36 Art. 17.6.

37 Arts. 17.7, 18.

38 Arts. 10, 11.

39 MARTÍN LÓPEZ, M. A., “Perspectivas de consolidación de los derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en el mundo rural en el ordenamiento internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 45, 2023, pp. 5-9. Para un resumen de los argumentos formulados contra la DNUDC y, en particular, contra su reconocimiento de un derecho a la tierra para los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales, así como una valoración de los mismos, véase MARTÍN LÓPEZ, M. A., *op. cit.*, 2020, pp. 17-22.

40 GRADONI, L. y PASQUET, L., “Voice under Domination: Notes on the Making and Significance of the United Nations Declaration on the Rights of Peasants”, *European Journal of International Law*, vol. 33, núm. 1, 2022, pp. 39-64, p. 63. Para una valoración de cómo la DNUDC puede contribuir a la consolidación del derecho a la tierra de la población rural, véase también MONSALVE SUÁREZ, S. y SEUFERT, P., *The right to land and other natural resources*, FIAN International, 2021, pp. 16-20, https://www.fian.org/files/files/20201204_Papers_Land_v3.pdf.

III. LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚM. 26 DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

A diferencia de otras Observaciones Generales, la OG26 no aborda una disposición concreta del PIDESC, sino que adopta una visión holística del Pacto, atendiendo a la relevancia de la tierra para su aplicación en conjunto. En este sentido, ya al principio de la Observación general, el CDESC reconoce que la tierra es esencial para la realización efectiva de una amplia gama de derechos consagrados en el Pacto. En concreto, el Comité enumera una serie de seis derechos, cuyo disfrute puede verse afectado directa o indirectamente por el acceso a la tierra, su uso y control: el derecho a una alimentación adecuada (art. 11.1); el derecho a una vivienda adecuada (art. 11.1); el derecho al agua⁴¹; el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12); el derecho a participar en la vida cultural (art. 15.1.a), así como el derecho a la libre determinación (art. 1).

A pesar de esta relación inherente entre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales enumerados, el CDESC afirma que “la forma en que la tierra se usa y gestiona en la actualidad no facilita el ejercicio de los derechos consagrados en el Pacto”⁴². Una serie de fenómenos socioeconómicos y medioambientales son, a ojos del Comité, los principales impulsores de esta tendencia. Se trata del aumento de la competencia por el acceso a la tierra y el control sobre esta; la “financierización” del mercado de vivienda en los entornos urbanos; la competencia por tierra cultivable en las zonas rurales debida, entre otras cosas, al crecimiento demográfico y el turismo, así como la falta o la debilidad de marcos jurídicos e institucionales de gestión de la tenencia de la tierra. Otro factor fundamental identificado es, de forma poco sorprendente, el cambio climático y la consiguiente degradación ambiental, como la desertificación, y el aumento de la migración, que tienen el potencial de agravar aún más la tensión en torno al acceso y el control de la tierra. En este contexto, resulta interesante que el Comité mencione explícitamente que las medidas para mitigar el cambio climático también pueden contribuir a agudizar esta tendencia, si no se llevan a cabo de forma adecuada.

Tras esbozar la relación entre la tierra y los derechos consagrados en el Pacto, así como los principales retos en cuestiones relacionadas con la tierra para la realización de estos derechos, el CDESC pasa a identificar las respectivas obligaciones que se derivan del PIDESC para sus Estados partes y a delimitar su alcance y contenido. Establece tres tipos de obligaciones: obligaciones relativas a la no discriminación y la igualdad; obligaciones de procedimiento relativas a la participación, la consulta y la transparencia, y, por último, obligaciones específicas de carácter sustantivo.

En primer lugar, respecto a las obligaciones de no discriminación, el CDESC afirma que, a la luz de los arts. 2.2 y 3 del Pacto, los Estados partes tienen la obligación de eliminar cualquier

41 Según el CDESC, el derecho al agua debe considerarse un elemento fundamental del derecho a un nivel de vida adecuado consagrado en el art. 11.1 y, además, está inextricablemente relacionado con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12.1). CDESC, *Observación general núm. 15 (2002) sobre el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2002/11, párr. 3.

42 CDESC, *Observación general núm. 26*, párr. 2.

discriminación existente en relación con los derechos recogidos en el Pacto en contextos relacionados con la tierra⁴³. Además, identifica tres grupos específicos que merecen especial atención, ya que sufren una desventaja sistemática e histórica en el acceso a la tierra y/o poseen una relación particular con ella. Estos colectivos integran, por un lado, las mujeres, que, según el Comité, “figuran entre los grupos que más dificultades tienen para acceder a la tierra, usarla y controlarla y que más sufren las consecuencias de su mala gestión, lo cual puede socavar los derechos que las asisten en virtud del Pacto y hacer que sufran discriminación, incluida discriminación interseccional”⁴⁴. El segundo colectivo identificado son los pueblos indígenas, cuyo derecho sobre las tierras y territorios que han ocupado tradicionalmente está reconocido en el derecho internacional, como afirma el Comité. El tercer, y último, colectivo merecedor de especial atención a ojos del Comité son los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales, para quienes el acceso y el control sobre la tierra es especialmente importante para hacer posible la realización de sus derechos humanos. De forma significativa, el CDESC continúa afirmando que “[p]ara los campesinos, el ejercicio de la mayoría de los derechos consagrados en el Pacto depende en tal medida del acceso a la tierra y a otros recursos productivos que lleva aparejado un derecho a la tierra”⁴⁵. Este derecho puede ser ejercido tanto individual como colectivamente e incluye el derecho a tener acceso a la tierra, a utilizarla y gestionarla de forma sostenible para alcanzar un nivel de vida adecuado, a tener un lugar donde vivir con seguridad, paz y dignidad y a desarrollar sus culturas.

En segundo lugar, en cuanto a las obligaciones de procedimiento que se derivan, el CDESC señala que los principios generales de participación, consulta y transparencia se aplican también a los contextos relacionados con la tierra. En consecuencia, los Estados partes están obligados a informar adecuadamente a las comunidades e individuos potencialmente afectados en el disfrute de los derechos y a permitirles participar, de manera significativa, en cualquier proceso de toma de decisiones sobre asuntos que les conciernan. En los casos en que se vean afectados pueblos indígenas, se aplica la norma del consentimiento libre, previo e informado. Expresamente, el Comité indica que los Estados deberían aplicar medidas legislativas y administrativas eficaces para garantizar la participación, la consulta y la transparencia “en la toma de decisiones sobre la tierra, entre otras cosas en el registro, la administración y la transmisión de tierras, así como antes de todo desalojo de estas”⁴⁶.

En tercer lugar, el CDESC desarrolla ampliamente las obligaciones sustantivas específicas que incumben a los Estados partes, basándose en la tipología tripartita de respetar, proteger y cumplir. Según el Comité, en la dimensión de la obligación de respetar, los Estados partes están

43 CDESC, *Observación general núm. 26*, párr. 12.

44 *Ibid.*, párr. 13.

45 *Ibid.*, párr. 18. No queda plenamente claro, en nuestra opinión, si el Comité utiliza aquí el término campesinos como *pars pro toto*, refiriéndose tanto a los campesinos como a otras personas que trabajan en zonas rurales, o si la omisión de estas últimas fue intencionada y el Comité quiso afirmar tal derecho sólo para los primeros. Sin embargo, dado que el Comité afirma a continuación que tal derecho está reconocido en los arts. 5 a 17 de la DNUDC y que estos artículos hablan sistemáticamente de “campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales”, parece más probable que el Comité también quiera incluir a estas últimas en su afirmación.

46 *Ibid.*, párr. 20.

obligados a no interferir en los derechos sobre la tierra consagrados en el Pacto. Esto incluye el acceso a la tierra, su uso y su control. En particular, los Estados no deberán:

“a) interferir en los derechos legítimos de tenencia de los usuarios de tierras, en particular desalojando a los ocupantes de las tierras de las que dependen para su subsistencia; b) desalojar por la fuerza y demoler bienes inmuebles como medidas punitivas; c) actuar de forma discriminatoria en el proceso de registro y administración de tierras, entre otras cosas en razón del estado civil, la capacidad jurídica o el acceso a recursos económicos; o d) cometer ningún acto de corrupción en relación con la administración o transmisión de la tenencia”⁴⁷.

En esta dimensión de las obligaciones, el Comité dedica especial atención a los desalojos forzados, declarándolos *prima facie* incompatibles con las exigencias del Pacto. Además, cuando un Estado posee o controla tierras, debe garantizar el respeto de los derechos legítimos de tenencia, en particular los sistemas tradicionales consuetudinarios de tenencia de los pueblos indígenas, las personas que viven en zonas rurales o comunidades similares.

En cuanto a la obligación de proteger, el CDESC afirma que los Estados partes están obligados en virtud del Pacto a proteger, mediante medidas positivas, el acceso a la tierra, garantizando que nadie sea desalojado por la fuerza y que sus derechos de acceso a la tierra no sean vulnerados de otro modo por terceros, así como a garantizar la protección de los derechos legítimos de tenencia en todos los procesos relacionados con la transferencia de estos derechos. Dos cuestiones preocupan aquí al Comité en particular. Por un lado, subraya que los Estados deben velar por que todas las personas, incluidos los pueblos indígenas, los campesinos y otras comunidades tradicionales, posean al menos un grado razonable de seguridad en su relación con la tierra. Esto incluye, entre otras cosas, la concesión de seguridad jurídica de la tenencia a los hogares que actualmente carecen de dicha protección y el reconocimiento y la protección de las dimensiones comunales de la tenencia, que abarcan también los derechos colectivos de acceso, uso y control de las tierras, territorios y recursos que las comunidades tradicionales han poseído, ocupado o utilizado o adquirido de otro modo tradicionalmente. Por otra parte, al Comité le preocupan los efectos negativos que las inversiones en tierras, especialmente las de gran escala, pueden tener sobre el disfrute de los derechos recogidos en el Pacto. Por ello, establece que los Estados partes deben desarrollar leyes y políticas que garanticen que dichas inversiones se realizan de forma responsable y participativa, incluyendo salvaguardas para los derechos sustantivos y procesales de las personas afectadas, así como proporcionando normas claras para los actores no estatales, como las empresas.

Por lo que respecta a la obligación de cumplir, el CDESC señala que incumbe a los Estados partes adoptar “medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y de otra índole” y establecer “recursos efectivos para asegurar el pleno disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto relativos a la tierra, incluidos el acceso a la tierra y el uso y control de esta”⁴⁸. Esto incluye facilitar el derecho a la tierra a las personas que dependen de ella para realizar sus derechos económicos, sociales y culturales, especialmente a quienes carecen de ella, en particular las mujeres o los grupos margi-

47 *Ibid.*, párr. 22.

48 *Ibid.*, párr. 32.

nados. Los Estados partes deberán garantizar que el registro y la administración de las tierras se realicen sin ningún tipo de discriminación y por organismos responsables cuyas acciones sean objeto de revisión por parte de los órganos judiciales. Además, también en el marco de la dimensión a cumplir, se exige el respeto de los sistemas consuetudinarios de tenencia y de las formas existentes de autogestión de la tierra, especialmente cuando el acceso a los bienes públicos globales constituye la base de la supervivencia económica, social y cultural de una comunidad. Por último, el Comité también aborda la cuestión de la reforma agraria, considerándola como “una importante medida para hacer efectivos los derechos relativos a la tierra consagrados en el Pacto”⁴⁹.

Es importante destacar que el CDESC hace hincapié en que los Estados partes también están vinculados por una serie de obligaciones de carácter extraterritorial. El Comité aborda de esta manera cuestiones de gran importancia, como las posibles repercusiones negativas de los proyectos de desarrollo de gran magnitud y, en particular, el creciente fenómeno del acaparamiento mundial de tierras, es decir, de las transacciones comerciales transnacionales de tierras a gran escala, que afectan principalmente al Sur Global⁵⁰. Contribuyendo a la mercantilización de la tierra, dichas transacciones, que se dirigen principalmente a tierras regidas por sistemas de tenencia comunales y consuetudinarios⁵¹, plantean un grave problema para el acceso de los pueblos indígenas, los campesinos y otros grupos marginados a la tierra, provocando en muchos casos su exclusión de las tierras que ocupan tradicionalmente y de las que depende su sustento⁵².

Consciente de estos peligros, el CDESC interpreta que el Pacto contiene la obligación de los Estados partes de abstenerse de realizar actos que puedan interferir en el disfrute de los derechos relacionados con la tierra fuera de sus territorios. Esto incluye la obligación de adoptar medidas específicas para evitar dichas interferencias mediante sus políticas y acciones nacionales e internacionales, como las políticas comerciales, de inversión, energéticas, agrícolas, de desarrollo y de mitigación del cambio climático (obligación extraterritorial de respetar). Esto incluye que los Estados partes miembros de instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial u otros bancos multilaterales de desarrollo, deben adoptar medidas para garantizar que sus políticas de préstamo no menoscaben el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto relativos a la tierra⁵³. Asimismo, se exige a

49 *Ibid.*, párr. 36.

50 Véase BORRAS JR., S. M., HALL, R., SCOONES, I., WHITE, B. y WOLFORD, W., “Towards a better understanding of global land grabbing: an editorial introduction”, *The Journal of Peasant Studies*, vol. 38, núm. 2, 2011, pp. 209-216, pp. 209-210.

51 Véase DELL’ANGELO, J., D’ODORICO, P., RULLI, M. C. y MARCHAND, P., “The Tragedy of the Grabbed Commons: Coercion and Dispossession in the Global Land Rush”, *World Development*, vol. 92, 2017, pp. 1-12.

52 Para una crítica exhaustiva del fenómeno del acaparamiento de tierras desde una perspectiva jurídica, véase DE SCHUTTER, O., “How not to think of land-grabbing: three critiques of large-scale investments in farmland”, *The Journal of Peasant Studies*, vol. 38, núm. 2, 2011, pp. 249-279.

53 Sobre la complicidad de dichas instituciones financieras internacionales, en particular el Banco Mundial, en el fenómeno del acaparamiento de tierras, véase MOUSSEAU, F., “El mejor postor se lo lleva todo: El nuevo esquema del Banco Mundial para privatizar tierras en el Sur Global”, en MARTÍN LÓPEZ, M. A. (coord.), *Hacia la consolidación del derecho a la tierra en el orden internacional*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 121-126; TZOUVALA, N., “A false promise? Regulating land-grabbing and the post-colonial state”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, núm. 2, 2019, pp. 235-253, pp. 243-248.

los Estados partes que establezcan mecanismos reguladores adecuados para que las entidades empresariales y otros actores privados bajo su poder regulador no interfieran en el disfrute de los derechos relacionados con la tierra consagrados en el Pacto en otros países, especialmente en el contexto de las adquisiciones de tierras (obligación extraterritorial de proteger). Por último, el Comité sostiene que “[l]os Estados deben adoptar medidas, mediante la asistencia y la cooperación internacionales previstas en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto relativos a la tierra, lo que también beneficiaría a pueblos y comunidades que viven fuera de su territorio”⁵⁴.

Además de determinar las obligaciones generales antes mencionadas, el CDESC se ocupa posteriormente también de una serie de asuntos específicos de relevancia para la aplicación del IPDESC en contextos relacionados con la tierra. Estas cuestiones son los conflictos armados internos y las situaciones posteriores a los conflictos; la corrupción; los defensores de los derechos humanos y el cambio climático. El Comité propone varias medidas que los Estados, sobre la base de sus obligaciones derivadas del Pacto, deberán adoptar para abordar cada una de estas cuestiones, con el fin de facilitar el disfrute efectivo de los derechos relacionados con la tierra en estos contextos específicos. Aunque todas son pertinentes, desde nuestro punto de vista, resultan especialmente de interés sus determinaciones relativas al cambio climático. Como ya ocurriera anteriormente, el CDESC reconoce la doble amenaza que surge en este contexto para el ejercicio de los derechos sobre la tierra por parte de las comunidades vulnerables. Por un lado, establece que el cambio climático tiene el potencial, y de hecho ya lo está haciendo, de obstaculizar gravemente el acceso a la tierra de las personas en los países vulnerables de todo el mundo. En consecuencia, afirma que los Estados tienen la obligación de cumplir sus compromisos de mitigar las emisiones y, en el caso de los países desarrollados, de asistir a los países más afectados. Por otra parte, sin embargo, también subraya que las políticas de mitigación no deben contribuir por sí mismas a restringir el acceso de las comunidades marginadas a la tierra y a interferir con su control sobre ella, así como cumplir más ampliamente las normas de derechos humanos y medioambientales.

Por último, la Observación general concluye con algunas consideraciones sobre la observancia de los derechos relacionados con la tierra, así como sobre la habilitación de recursos judiciales a tal efecto. Entre ellas se incluyen las obligaciones relativas a la información, los procesos de supervisión, así como el establecimiento de marcos administrativos y judiciales para la aplicación efectiva de las políticas relacionadas con la tierra, de conformidad con las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto, y la garantía de una resolución rápida de los litigios en contextos relativos a la tierra.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚM. 26 EN EL CONTEXTO DE LA PROGRESIVA AFIRMACIÓN DE LA TIERRA COMO DERECHO HUMANO

Siguiendo a DE SCHUTTER, puede decirse que el derecho a la tierra tiene una doble naturaleza: por un lado, puede ser un medio indispensable para la realización de otros derechos

54 CDESC, *Observación general núm. 26*, párr. 46.

humanos y, por tanto, estar protegido debido a su carácter instrumental; por otro lado, en determinados contextos y para determinados beneficiarios puede constituir un derecho autónomo⁵⁵. A este respecto, desde nuestro punto de vista, la más reciente Observación general del CDESC constituye una importante contribución para la consolidación de la tierra como derecho humano en ambos sentidos. Afirma el derecho a la tierra, entendido como el derecho al acceso, uso y control seguros y equitativos de la tierra, como elemento esencial de los derechos sociales, económicos y culturales de toda persona consagrados en el PIDESC. Pero también establece que determinadas comunidades tienen un derecho autónomo a la tierra derivado del Pacto.

En primer lugar, la OG26 aborda el acceso y el control sobre la tierra como una cuestión transversal, reconociendo su carácter instrumental para una amplia gama de derechos humanos de los que son titulares *todas las personas*. Hasta ahora, como hemos visto, los reconocimientos explícitos del derecho a la tierra y a los recursos naturales en los instrumentos internacionales se han limitado a determinadas comunidades (pueblos indígenas, campesinos, personas que trabajan en zonas rurales). Pero esto no significa que el acceso, el uso y el control de la tierra sean irrelevantes para la subsistencia de otros colectivos y personas⁵⁶. De hecho, el propio CDESC reconoce que los actuales desarrollos relacionados con la tierra pueden afectar negativamente a los derechos de muchos, incluidas las personas que viven en pobreza en las zonas urbanas⁵⁷. Compartimos la visión de otros autores, como GILBERT, de que sería beneficioso que el derecho a la tierra se reconociera como un derecho específico de alcance general, preferiblemente en un instrumento internacional de derechos humanos, ya sea de *soft law* o de *hard law*⁵⁸. Sin embargo, por el momento, dada la improbabilidad de que se adopte un instrumento de este tipo en la escena mundial en un futuro próximo, estimamos que se sirve mejor a la aplicación del derecho a la tierra para toda persona si se aborda como lo que fundamentalmente es: un requisito indispensable —podría decirse un portal⁵⁹— para la realización de una amplia gama de derechos económicos, sociales y culturales firmemente reconocidos⁶⁰.

Al interpretar las cuestiones de acceso, control, uso y toma de decisiones sobre las tierras como un requisito previo para el pleno disfrute de varios de los derechos humanos reconocidos en el Pacto, el CDESC establece obligaciones específicas y de amplio alcance en estos ámbitos que se derivan directamente de ellos para los Estados partes. Esto incluye no sólo que los dere-

55 DE SCHUTTER, O., “The Emerging Human Right to Land”, *International Community Law Review*, vol. 12, núm. 3, 2010, pp. 303-334, p. 306.

56 En este sentido se pronuncia también MARTÍN LÓPEZ, quien sostiene que el derecho a la tierra no tiene por qué corresponder exclusivamente a los campesinos y otras personas que trabajan en el medio rural, sino que puede extenderse también a otros colectivos, como las personas que viven en zonas urbanas o los pueblos en su conjunto. MARTÍN LÓPEZ, M. A., *op. cit.*, 2020, pp. 21, 34.

57 CDESC, *Observación general núm. 26*, párr. 2.

58 Véase GILBERT, J., *op. cit.*

59 *Ibid.*, p. 129.

60 Cabe destacar que coincidimos con autores como FARRAN y MONSALVE SUÁREZ en que garantizar un acceso y un control seguros y equitativos sobre la tierra es de vital importancia no sólo para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, sino también de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, dado el objeto de estudio de esta nota, nos centramos en los primeros. Véanse FARRAN, S., *op. cit.*; MONSALVE SUÁREZ, S., “Derecho a la tierra y derechos humanos”, *El Otro Derecho*, núms. 31-32, 2004, pp. 41-57.

chos existentes al acceso, uso y control de la tierra, incluidos los consuetudinarios, colectivos o tradicionales, tienen que ser respetados y protegidos, sino también que los Estados deben facilitar el acceso, uso y control seguros, equitativos y sostenibles de la tierra para aquellos que dependen de ella para el ejercicio de sus derechos, en particular para los que carecen de tierra y las personas en situación de pobreza. Con ello, el Comité se suma a la postura de un amplio abanico de expertos, organismos de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales que sostienen que la tierra y los recursos naturales están inextricablemente ligados al disfrute de múltiples derechos humanos⁶¹ y que, en consecuencia, el acceso y el control sobre ellos están protegidos como medio indispensable para la realización de estos derechos⁶².

Cierto es que el CDESC ya ha abordado cuestiones relacionadas con el acceso a la tierra y su control en anteriores Observaciones generales sobre varios de los derechos reconocidos en el PIDESC⁶³. Así pues, la OG26 no es la primera ocasión en que el CDESC expresa su apoyo a tal entendimiento, pero, hasta la fecha, constituye el pronunciamiento más extenso y holístico del Comité sobre la vinculación entre la tierra y los derechos humanos, así como sobre las obligaciones específicas que se derivan de esta relación. Los derechos en cuestión, el derecho a una alimentación adecuada, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho al agua, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el derecho a participar en la vida cultural, son derechos generalmente reconocidos que se aplican a toda persona y, en consecuencia, pueden ser exigidos por cualquier individuo. Aunque durante mucho tiempo se argumentó que estos derechos de carácter económico, social y cultural se asemejaban más a meros compromisos políticos, hoy en día se acepta ampliamente que constituyen derechos jurídicamente exigibles que conllevan obligaciones específicas, tanto de conducta como de resultados, para los Estados⁶⁴.

Asimismo, la mayoría de estos derechos también están reconocidos, explícita o implícitamente, en instrumentos regionales de derechos humanos⁶⁵ y en las legislaciones nacionales. Esto significa que los órganos y tribunales encargados de la supervisión de estos sistemas de

61 Véanse, por ejemplo, ACNUDH, *op. cit.*, pp. 5-8; González Núñez, D., *op. cit.*, p. 604; MONSALVE SUÁREZ, S. y SEUFERT, P., *op. cit.*, p. 7; ÖZDEN, M., *El derecho a la tierra*, Centro Europa – Tercer Mundo (CETIM), 2014, p. 5, <https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/Derecho-a-la-tierra-A41.pdf>; *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado*, Miloon Kothari, A/HRC/4/18, Consejo de Derechos Humanos, 4º período de sesiones, 5 de febrero de 2007, párr. 29. Sobre la importancia del acceso y el control sobre la tierra para el disfrute del derecho a una vivienda adecuada en particular, véase también Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat), *The Role of Land in Achieving Adequate and Affordable Housing*, 2021, pp. 3-4, https://unhabitat.org/sites/default/files/2021/09/the_role_of_land_in_adequate_housing_final.pdf.

62 Véanse, por ejemplo, DE SCHUTTER, O., *op. cit.*, pp. 305-306; MONSALVE SUÁREZ, S., *op. cit.*, pp. 48-50.

63 Véanse, por ejemplo, CDESC, *Observación general núm. 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1992/23, párr. 8; CDESC, *Observación general núm. 21 (2009) sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/GC/21, párrs. 15, 36, 49, 50.

64 Véase BANTEKAS, I. y OETTE, L., *International Human Rights Law and Practice*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 416-436.

65 Véanse, entre otros, arts. 10, 12, 14 *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado el 17 de noviembre de 1988, OEA, Serie sobre Tratados núm. 69; arts.

derechos humanos pueden recurrir a las consideraciones de la CDESC al interpretar sus disposiciones regionales o nacionales, integrando su enfoque del derecho a la tierra como elemento inherente a los derechos reconocidos. De hecho, como interpretaciones autorizadas, aunque no siempre son acatadas, las Observaciones generales de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos a menudo son tenidas en cuenta por los tribunales regionales y nacionales en su jurisprudencia⁶⁶.

En otras palabras, a través de su Observación general, el CDESC respalda la interpretación cada vez más extendida de que el acceso a la tierra y su control pueden estar protegidos como derecho, en razón de su carácter instrumental para la realización de otros derechos humanos. Además, al esbozar las obligaciones específicas relativas a las cuestiones de la tierra que surgen como elemento de los derechos consagrados en el Pacto, el Comité también contribuye al desarrollo del derecho a la tierra, delimitando el alcance de esta protección como derecho instrumental. Por ello, la OG26 puede suponer una importante contribución a la integración (*mainstreaming*) del derecho a la tierra en el discurso y la práctica generales de los derechos humanos, particularmente en su dimensión económico, social y cultural.

En segundo lugar, aunque trata la cuestión de los derechos relacionados con la tierra con arreglo a una serie de derechos aplicables a toda persona, el CDESC no olvida confirmar que determinadas comunidades vulnerables merecen (y se les debe) una atención específica, bien porque dependen económica o espiritualmente de un modo particular de las tierras que ocupan o cultivan, bien porque sufren injusticias sistémicas para acceder a la tierra y controlarla. Las observaciones del Comité de que los Estados tienen obligaciones derivadas del Pacto de velar por que estas comunidades no sean discriminadas en lo que respecta al acceso y control de la tierra contribuyen a reforzar su posición jurídica.

En este contexto, es muy significativo que el Comité reconozca, sin matices, que para los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales, como los trabajadores agrícolas, los pastores y los pescadores, el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales depende en tan alto grado del acceso a la tierra y a los recursos productivos que conlleva un derecho humano a la tierra. Con ello, el Comité afirma la existencia de un derecho autónomo a la tierra para estas comunidades fundamentado en el Pacto. Además, mediante la referencia explícita a la DNUDC, el Comité toma efectivamente la Declaración como marco autoritativo para interpretar las obligaciones que se derivan para los Estados partes en virtud del Pacto en los casos en que se trate del acceso de estos colectivos a la tierra. Esto constituye un importante paso adelante en la consolidación de su derecho a la tierra y refuerza su aplicabilidad. De hecho, en nuestra opinión, en este sentido, la OG26 debería considerarse parte del proceso, identificado por MARTÍN LÓPEZ, que será necesario para convertir los derechos de los campesinos en un conjunto de normas internacionales reconocidas⁶⁷.

4, 16, 17.2, 22 *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, adoptada el 27 de junio de 1981, *UNTS* vol. 1520, p. 217.

66 Véase KANETAKE, M., “UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies Before Domestic Courts”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67, núm. 1, 2017, pp. 201-232, pp. 207-211.

67 Véase MARTÍN LÓPEZ, M. A., *op. cit.*, 2023.

Asimismo, otra contribución significativa de la OG26 es que afirma y delimita el contenido de las obligaciones de derechos humanos relativas a la tierra en el contexto específico de varios fenómenos en curso a gran escala, que tendrán y ya tienen importantes repercusiones en la disponibilidad de tierras y recursos naturales, en particular para las comunidades marginadas. En consecuencia, las consideraciones del Comité a este respecto constituyen una importante contribución para garantizar que los derechos de las personas y las comunidades al acceso, uso y control de las tierras se preservan también en estos contextos específicos. Aparte del caso ya mencionado de los actuales acaparamientos transnacionales de tierras, que tienen el potencial de socavar seriamente los derechos humanos de las poblaciones rurales del Sur Global, cabe mencionar las observaciones del CDESC en relación con el cambio climático.

En este sentido, un punto fuerte significativo de la Observación general es que no sólo afirma la obligación de los Estados de abordar los efectos que el cambio climático tendrá sobre el acceso a la tierra y los derechos de sus usuarios, sino que también deben evitar la puesta en práctica de políticas sobre el cambio climático que puedan conducir por sí mismas al acaparamiento de tierras u otras formas de reducción del acceso a la tierra y a los recursos naturales, especialmente por parte de los grupos vulnerables. Está sobradamente claro que la crisis climática obliga a los Estados y a las sociedades a aplicar cambios fundamentales en sus modos de producción y consumo para llevar a cabo la transición ecológica y mantener el calentamiento global dentro de los objetivos establecidos por el Acuerdo de París⁶⁸. Esto incluirá medidas de mitigación a gran escala, como proyectos de energías renovables, programas de reforestación, designación de zonas de protección de la naturaleza y la vida salvaje, restricciones en las capturas y en los equipos utilizados en la pesca, y similares. Aunque necesarios, estos proyectos y empresas tendrán, inevitablemente, un coste social, económico y cultural. Es más, existe una posibilidad real —si nos fijamos, por ejemplo, en la práctica de las adquisiciones transnacionales de tierras a gran escala— de que los intereses económicos de particulares y empresas multinacionales prevalezcan, en ocasiones, sobre los intereses de las comunidades locales, especialmente las comunidades marginadas como los pueblos indígenas o los campesinos, lo que agravaría aún más estos impactos negativos. En este contexto, la valoración del Comité de que el acceso y el control sobre sus tierras debe garantizarse para dichas comunidades también en las políticas y proyectos de mitigación del cambio climático, así como de que debe garantizarse una consulta y participación significativas de las personas afectadas, constituye una salvaguarda esencial para garantizar que la transición ecológica no se lleve a cabo indebidamente a costa de algunas de las comunidades más vulnerables. En este sentido, está en consonancia con la idea del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, ya que grupos como los pueblos indígenas, los pequeños agricultores y los trabajadores sin tierra, especialmente en el Sur Global, se encuentran entre aquellos que menos han contribuido al calentamiento global.

Que tales consideraciones no son de naturaleza hipotética, sino de gran relevancia práctica, puede verse con el ejemplo de un caso reciente presentado ante el Tribunal Supremo noruego. En este caso, se construyó un parque eólico en las ancestrales tierras de comunidades del pueblo indígena sami. Estas tierras eran utilizadas por los samis para el pastoreo de renos,

68 *Acuerdo de París*, adoptado el 12 de diciembre de 2015, *UNTS* vol. 3156, p. 79.

una actividad tradicional de enorme importancia cultural para el grupo. Esta actividad se vio gravemente interrumpida por los aerogeneradores erigidos, por lo que los samis emprendieron acciones legales contra ellos ante los tribunales noruegos. En octubre de 2021, poniéndose de parte de los demandantes, el Tribunal Supremo dictaminó que la construcción interfería con el derecho de los samis afectados a disfrutar de su propia cultura, consagrado en art. 27 del PIDCP⁶⁹. El continuo incumplimiento de la sentencia por parte del gobierno noruego provocó protestas en la primavera de 2023 y la denuncia de un “colonialismo verde” por parte de representantes sami⁷⁰.

Por último, por supuesto, es necesario mencionar también algunas limitaciones inherentes a la naturaleza de las Observaciones generales de un órgano creado en virtud de un tratado de derechos humanos. Así pues, conviene subrayar que, como es bien sabido, las Observaciones generales no son jurídicamente vinculantes. No obstante, se consideran interpretaciones autorizadas de los derechos consagrados en el tratado correspondiente⁷¹. Como tales, tienen una elevada proyección e informan e influyen en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia, tanto a nivel internacional⁷² como nacional. Además, desde la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del PIDESC el 5 de mayo de 2013⁷³, el CDESC es competente para recibir y examinar comunicaciones individuales de personas que aleguen ser víctimas de una violación de sus derechos consagrados en el Pacto. Actualmente, esta competencia se limita a los 28 Estados partes que han ratificado hasta la fecha el Protocolo Facultativo. No obstante, a medida que aumente este número, también se incrementará la relevancia de este mecanismo, que dota a los individuos de un recurso frente a las violaciones de sus derechos humanos a nivel internacional. Así pues, con el paso del tiempo, esto podría constituir una importante vía para que las personas puedan hacer valer sus derechos económicos, sociales y culturales también en contextos relacionados con la tierra⁷⁴.

69 Supreme Court of Norway, *HR-2021-1975-S*, (case no. 20-143891SIV-HRET), (case no. 20-143892SIV-HRET) and (case no. 20-143893SIV-HRET), Judgment of 11 October 2021. Para un comentario de la sentencia, véase SYRING, T., “Statnett SF v. Sør-Fosen Sijte (Sup. Ct. Nor.)”, *International Legal Materials*, vol. 61, núm. 6, 2022, pp. 991-1017.

70 Véase PADDISON, L., “Greta Thunberg has joined a protest against wind farms. Here’s why.”, *CNN*, 2 de marzo de 2023, <https://edition.cnn.com/2023/03/01/europe/greta-thunberg-wind-farm-norway-sami-climate-intl/index.html>.

71 Véase BANTEKAS, I. y OETTE, L., *op. cit.*, pp. 213-214.

72 Véase, por ejemplo, Corte Internacional de Justicia, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión consultiva del 9 de julio de 2004, ICJ Reports 2004, párr. 136.

73 *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado el 10 de diciembre de 2008, *UNTS* vol. 2922, p. 29.

74 En este contexto, es necesario señalar que la naturaleza jurídica de las decisiones de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos sobre comunicaciones individuales es controvertida, pues algunos Estados sostienen que sólo constituyen recomendaciones, mientras que otros las reconocen como vinculantes. Véase BANTEKAS, I. y OETTE, L., *op. cit.*, pp. 330-331. Nótese, en todo caso, que el Tribunal Supremo (TS) ha reconocido en 2018 que los dictámenes del Comité CEDAW son de carácter obligatorio/vinculante para España. Para una valoración crítica de la sentencia del TS, véase ESCOBAR HERNÁNDEZ C., “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, núm. 1, 2019, pp. 241-250.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La tierra es esencial para los seres y las comunidades humanas, para su supervivencia física y su desarrollo económico, social y cultural. El acceso a ella y el control sobre ella son, por tanto, cuestiones de derechos humanos de importancia fundamental. Los desarrollos en el Derecho internacional de los derechos humanos de las últimas décadas, que reconocen esta relación en el contexto de los derechos de algunos colectivos especialmente vulnerables y marginados, son, en consecuencia, un importante paso adelante en el fortalecimiento de la posición jurídica de estos grupos, a saber, las mujeres, los pueblos indígenas y los campesinos.

No obstante, estos avances no pueden considerarse el punto final, sino parte de un proceso en curso de progresiva afirmación de la tierra como derecho humano. En este contexto, en 2010, el entonces Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier DE SCHUTTER, afirmó que el CDESC “podría desempeñar una función normativa principal para aclarar la cuestión de la tierra como derecho humano formulando una observación general al respecto”⁷⁵. Con su reciente Recomendación general núm. 26 el Comité atiende este llamamiento a la acción, contribuyendo de este modo a consolidar en mayor medida el reconocimiento del acceso y el control sobre la tierra como una cuestión de derechos humanos. Al identificar obligaciones específicas de los Estados partes en relación con la tierra como parte inherente de un amplio conjunto de derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el PIDESC y contextualizarlas ante diversos desafíos actuales, el Comité amplía además el alcance del debate, planteando los derechos relativos a la tierra como una cuestión transversal. Es aquí donde reside una de las contribuciones centrales de la Observación general: la integración del derecho a la tierra en la práctica y el discurso internacionales de derechos humanos más amplios. Dada la ausencia de un instrumento específicamente dedicado al derecho a la tierra, ésta puede muy bien ser la vía más eficaz para conseguir que el acceso y el control de este recurso vital sean justos y equitativos, aún en la “era de la ebullición global”⁷⁶

75 *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, A/65/281, Asamblea General, 65º período de sesiones, 13 de septiembre a 1 de octubre de 2010, párr. 43.

76 Tomamos esta expresión del Secretario General de Naciones Unidas, António GUTERRES, que la utilizó en el verano de 2023, después de que el mundo presenciara el mes de julio más caluroso de su historia. Véase “El mes de julio más caluroso de la historia indica que ya estamos en la era del horno global”, *Noticias ONU*, 27 de julio de 2023, <https://news.un.org/es/story/2023/07/1523012>.

EL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRANIA, UN CRIMEN CIERTO DE ENJUICIAMIENTO INCIERTO

THE CRIME OF AGGRESSION AGAINST UKRAINE: A CERTAIN CRIME OF UNCERTAIN PROSECUTION

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DETERMINACIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRANIA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE LOS INDIVIDUOS. III. LAS DIFICULTADES PARA ENJUICIAR A LOS RESPONSABLES DE LA AGRESIÓN CONTRA UCRANIA. IV. ¿ES POSIBLE CREAR UN TRIBUNAL INTERNACIONAL *EX NOVO* PARA ENJUICIAR EL CRIMEN DE AGRESIÓN? V. LA PROPUESTA DE UN TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN UCRANIA: BASES LEGALES DE SU CREACIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS. VI. EL CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRANIA: UN PRIMER PASO HACIA EL TRIBUNAL DEFINITIVO. VII. CONCLUSIONES: HACIA UN TRIBUNAL ESPECIAL LEGÍTIMO Y EFICAZ, QUE NO DESLEGITIME A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

RESUMEN: La invasión de Ucrania por parte de la Federación Rusa plantea serios retos para el Derecho Internacional Penal. Uno de los desafíos más importantes responde a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad penal internacional de Putin y su cúpula política y militar por el crimen de agresión. La caracterización de dicho crimen como un acto estatal que implica, a su vez, responsabilidad penal internacional de los líderes conlleva una serie de dificultades añadidas. De este modo, nos enfrentamos a graves problemas para el enjuiciamiento a nivel interno de este crimen, desde la perspectiva de las inmunidades de los Jefes de Estado y de la cooperación estatal. Igualmente, resulta imposible el enjuiciamiento de dichos responsables por la Corte Penal Internacional (CPI), debido al delicado juego de consentimientos establecido en el Estatuto de Roma de la CPI para la agresión, tras su enmienda en Kampala. En consecuencia, se impone la necesidad de un tribunal internacional *ad hoc* para enjuiciar a Putin y a su cúpula política y militar por la comisión del crimen de agresión contra Ucrania. El modo de establecimiento de dicho tribunal y sus principales características determinarán su eficacia en la lucha contra la impunidad.

SUMMARY: *The invasion of Ukraine by the Russian Federation poses serious challenges to International Criminal Law. One of the most important challenges is the need to enforce the international criminal responsibility of Putin and his political and military leadership for the crime of aggression. The aggression crime's characterization as a state act that implies international criminal responsibility of the leaders entails added difficulties. In this way, we face major problems for the domestic prosecution of this crime, from the perspective of immunities of Heads of State, and the State's cooperation. Likewise, the prosecution of the perpetrators by the International Criminal Court (ICC) is impossible due to the delicate set of consents established in the ICC Rome Statute for*

Fecha de recepción del trabajo: 16 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de noviembre de 2023.

* Carmen Quesada Alcalá es Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Lagunas en la protección y asistencia internacional de las niñas asociadas a grupos armados (NAAG)” (Convocatoria AICO 2022. Organismo convocante Generalitat Valenciana).

the aggression, after its amendments in Kampala. Consequently, it's necessary an ad hoc international tribunal to judge Putin and his political and military leadership for the commission of the crime of aggression against Ukraine. The International Tribunal's establishment method and characteristics will determine its effectiveness in the fight against impunity.

PALABRAS CLAVE: Ucrania, Federación Rusa, Crimen de agresión, responsabilidad penal internacional del individuo, Corte Penal Internacional, Tribunal Especial para el crimen de agresión, inmunidad de los Jefes de Estado, Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión.

KEYWORDS: *Ukraine, Russian Federation, Crime of aggression, international criminal responsibility of the individual, International Criminal Court, Special Court for the crime of aggression, immunity of Heads of State, International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression.*

I. INTRODUCCIÓN

A raíz de la agresión de la Federación Rusa a Ucrania, desde febrero de 2022, estamos asistiendo a un momento crucial en el orden internacional. Ante esta situación, algunas voces se alzan calificando el contexto de Orden Internacional sin Derecho Internacional¹ y, yendo más allá, de Orden Internacional contra el Derecho Internacional². De hecho, nos encontramos ante la parálisis de dos órganos decisivos en el ámbito jurídico internacional³: el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Corte Penal Internacional (CPI).

Por un lado, nos hallamos ante la parálisis del Consejo de Seguridad, órgano encargado de determinar la existencia de un acto de agresión por parte del Estado de la Federación Rusa, ante el derecho de veto de éste en tanto que Miembro Permanente del mismo. Por otro, nos encontramos con la hemiplejía de la Corte Penal Internacional, órgano garante de la determinación del acto de los individuos responsables del crimen de agresión. En este caso, además, la parálisis del órgano judicial está íntimamente ligada con la del órgano político de la ONU, como veremos más adelante.

Como consecuencia de esta crisis institucional, se ha resucitado la polémica en torno a la ansiada reforma de la Carta de la ONU, de manera que el veto de los Miembros Permanentes se atenúe, al tiempo que se pide una enmienda del Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional⁴, para que el crimen de agresión no esté sometido a un régimen de imposible aplicación al caso que nos ocupa.

1 Expresión utilizada por QUERÓ ARIAS, J., en las XXX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), Las Palmas de Gran Canaria, 20 a 24 de septiembre de 2023.

2 REMIRO BROTONS, A., “¿Un nuevo orden contra el Derecho Internacional?”, en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2000_Antonio_Remiro_Brotons.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

3 HATHAWAY, O. A. & SHAPIRO, S., “Putin Can’t Destroy the International Order by Himself?”, *Just Security*, February 24, 2022, en <https://www.justsecurity.org/80351/putin-cant-destroy-the-international-order-by-himself/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

4 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Hecho en Roma el 17 de julio de 1998; entró en vigor el primero de julio de 2002; United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544; Depositario: Secretario General de las Naciones Unidas, <http://treaties.un.org>.

Ambas peticiones son legítimas, pero no son realistas. El conflicto de Ucrania continúa, la agresión de Rusia contra dicho país se está perpetuando, y precisamos de soluciones rápidas propiciadas por el Derecho Internacional Público. Soluciones que permitan la determinación de la responsabilidad internacional del Estado Ruso por la agresión a Ucrania⁵ y la responsabilidad penal internacional de los individuos implicados en dicha agresión, principalmente Putin y su cúpula política y militar. No podemos permitir que la agresión contra Ucrania nos conduzca hacia el mencionado Orden Internacional sin/contra el Derecho Internacional.

En este trabajo, nos vamos a centrar en explorar las posibles soluciones que ofrece el Derecho Internacional Público para el enjuiciamiento de Putin y otros responsables en relación con la comisión del crimen de agresión, el crimen que constituye el origen del resto de los crímenes internacionales⁶. Nos vamos a enfocar en la responsabilidad penal internacional del individuo, aunque sin olvidar que la agresión posee una doble dimensión, puesto que constituye un acto estatal que implica, a su vez, responsabilidad penal internacional individual. Por lo tanto, en el análisis de este trabajo, ambas perspectivas van a entrar en juego, aunque nos centraremos en la vertiente individual.

En primera instancia, conviene determinar los perfiles definitorios del crimen de agresión y cuáles son los responsables a nivel penal internacional de dicho crimen, centrándonos especialmente en el requisito del liderazgo. En segundo lugar, examinaremos cuáles son las dificultades a las que se enfrenta el procesamiento de los responsables del crimen de agresión, profundizando en las razones de parálisis de la CPI y en los obstáculos del enjuiciamiento del mismo ante las jurisdicciones nacionales.

Como consecuencia de estas dificultades, nos hallamos ante la necesidad de crear un tribunal internacional para enjuiciar a los responsables del crimen de agresión contra Ucrania. No obstante, se hace preciso estudiar si existen fundamentos en el ámbito del Derecho consuetudinario que permitan el establecimiento de dicho tribunal. Una vez constatados los posibles problemas de legalidad y legitimidad que puede plantear dicha instancia judicial, se impone un análisis de las características de dicho tribunal, particularmente de su modo de creación, basándonos en el examen de las propuestas existentes al respecto hasta el momento.

A continuación, nos detendremos en el Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión contra Ucrania, como primer paso para un tribunal internacional. En este sentido, pasaremos revista a las funciones de este Centro, que lo hacen útil de cara al establecimiento de dicho tribunal internacional para el crimen de agresión.

5 ICJ, *Allegation of Genocide, under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Ucrania presentó la demanda ante la CIJ el 27 de febrero de 2022, solicitando la adopción de medidas cautelares. Sin embargo, aunque está por ver si se hace alguna referencia a la agresión, la base jurídica de dicha demanda se halla en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948.

6 SPERI, A., “The Mother Crime: Will Putin Face Prosecution for the Crime of Aggression in Ukraine?”, *The Intercept*, (Oct. 8, 2022), <https://theintercept.com/2022/10/08/russia-putin-ukraine-war-crimes-accountability/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

Finalmente, nos atreveremos a formular recomendaciones en torno a cuál ha de ser el modo de establecimiento y las características ideales de un tribunal internacional para el crimen de agresión. Sin embargo, no es objetivo de este trabajo realizar una propuesta concreta y detallada de dicho tribunal, sino resaltar los principales problemas jurídicos que se plantean al respecto, con el fin de plantear una discusión en torno a posibles soluciones. En este sentido, recordemos que dicho tribunal tiene ante sí el reto de ejercer su competencia sobre Putin y otros responsables del crimen contra Ucrania, evitando la temida impunidad, al tiempo que no deslegitima la acción de nuestra Corte Penal Internacional.

II. LA DETERMINACIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRA- NIA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DE LOS IN- DIVIDUOS

1. La intervención rusa en Ucrania: un crimen de agresión “de manual” conforme al Estatuto de Roma

La intervención de Rusia en Ucrania responde claramente a los perfiles del crimen de agresión, tal y como está tipificado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), tras la entrada en vigor de las enmiendas de Kampala⁷. En este sentido, conviene recordar varios datos relevantes. Así, en la Conferencia de revisión de Kampala de 2010, y tras varios años de trabajo de un grupo preparatorio en Princeton, se configuró un tipo penal relativo al crimen de agresión mediante la inclusión de varias disposiciones en el Estatuto, el art. 8 bis, el 25(3) bis, el 15 bis y el 15 ter⁸, así como las correspondientes enmiendas a las disposiciones de los Elementos de los Crímenes⁹ relacionadas.

7 Para ver el estado de la ratificación de las enmiendas al Estatuto de Roma de la CPI adoptadas en la Conferencia de Kampala, así como los documentos de las discusiones previas que tuvieron lugar en Princeton, ver: <https://asp.icc-cpi.int/crime-of-aggression>, consultada por última vez el 13 de noviembre de 2023. En general, sobre esta evolución y la caracterización del crimen de agresión en el Estatuto de Roma, ver, entre otros: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable”. En MARIÑO MENÉNDEZ, F. (Eds.), *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI, Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2002, pp. 243-264; KREß, C. & BARRIGA, S. (Eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017; REMIRO BROTONS, A., “El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: *Nascetur ridiculus mus*”, en CARDONA LLORENS, J., PUEYO LOSA, J., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., & SOBRINO HEREDIA, J. M. (EDS.). AZNAR GÓMEZ, M. (Coord.). *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*. Tomo I. 2012, pp. 1115-1129.

8 El texto del Estatuto de Roma que se reproduce se distribuyó como documento A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Las enmiendas al artículo 8 reproducen el texto contenido en la notificación del depositario C. N. 651. 2010 Treaties-6, en tanto que las enmiendas a los artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter reflejan el texto contenido en la notificación del depositario C. N. 651. 2010 Treaties-8; ambas notificaciones del depositario tienen la fecha 29 de noviembre de 2010.

9 El texto de estos *Elementos de los Crímenes* constituye uno de los instrumentos jurídicos que, junto con el Estatuto de Roma de la CPI, y las Reglas de Procedimiento y Prueba, constituyen la base del funciona-

El origen de estas enmiendas determina una competencia de la CPI muy limitada en relación con el crimen de agresión. Dicho régimen único¹⁰ sólo se explica si se atiende al itinerario seguido¹¹ y al difícil juego de consensos que operó para lograr la solución final en Kampala. Vamos a esbozar algunas pinceladas sobre las principales cuestiones problemáticas que se dieron en torno a la caracterización del crimen de agresión a efectos de la competencia de la CPI, con el fin de justificar por qué este tribunal no puede conocer del crimen de agresión cometido en Ucrania.

La definición adoptada en Kampala para el crimen de agresión posee, así, tres aspectos, dignos de ser destacados: la conducta del Estado (el acto de agresión), la conducta individual (el crimen *stricto sensu*), y las condiciones de procedibilidad (relación entre la CPI y el Consejo de Seguridad a efectos de la determinación del acto de agresión y del crimen de agresión). El crimen de agresión es un crimen de líderes, y este perfil junto con su delicado vínculo con el Consejo de Seguridad de la ONU configuran de modo especial su fisonomía.

Se intentó realizar una complicada labor de compatibilidad de las enmiendas al Estatuto de Roma con la Carta de la ONU¹² y otras resoluciones relativas al crimen de agresión. El resultado no fue tan negativo en la lucha contra la impunidad, a la luz de la dependencia que los Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad pretendían respecto de este órgano. De hecho, el problema se planteaba cuando se remitía una situación ante la CPI por parte de actores diferentes al Consejo de Seguridad (el Estado o la Fiscalía). En estos supuestos, la primera obligación de la Fiscalía sería verificar primero si el Consejo de Seguridad había determinado la comisión de un acto de agresión por el Estado en cuestión. En caso afirmativo, la CPI podría actuar.

Pero la cuestión complicada era dilucidar qué ocurría de no existir dicha determinación previa por parte del Consejo de Seguridad. De este modo, los Miembros Permanentes se negaban a que la Corte pudiera seguir adelante, de no existir dicha calificación por parte de un órgano que, por cierto, es político. Pues bien, el resultado de las enmiendas de Kampala prevé que, de no darse dicha determinación previa por el Consejo de Seguridad, y transcurridos 6 meses sin

miento de la CPI. Dicho texto de los *Elementos de los Crímenes* se reproduce de Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S. 03. V. 2 y corrección), segunda parte. B. Los *Elementos de los Crímenes* adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010 se reproduce de Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11).

- 10 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is the Best Available Option: A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics”, *Opinio Juris*, 15 March 2022, <http://opiniojuris.org/2022/03/15/why-creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-the-best-available-option-a-reply-to-kevin-jon-heller-and-other-critics/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.
- 11 Dicho itinerario puede ser consultado en: <https://asp.icc-cpi.int/reviewconference/crime-of-aggression>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.
- 12 Así, en cuanto a las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión y el papel del Consejo de Seguridad, hemos de señalar que estas condiciones habían de estar en conexión con las disposiciones relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en particular con los artículos 1. 1, 10, 11, 12, 14, 24, 39 y 103 de dicho instrumento.

que el Consejo se pronuncie al respecto, la Fiscalía puede seguir avanzando, aunque con la autorización de la División de Cuestiones Preliminares¹³. En todo caso, se consiguió que la CPI pudiera seguir adelante en relación con un crimen de agresión sin la anterior determinación del Consejo de Seguridad, lo que puede considerarse todo un logro.

Con estas premisas, la jurisdicción material de la CPI sobre el crimen de agresión fue activada el 17 de julio de 2018, tras obtener el número de ratificaciones necesarias¹⁴, otro de los obstáculos a la entrada en vigor de las enmiendas adoptadas. En consecuencia, cuando se produce la agresión de la Federación Rusa a Ucrania, la competencia de la CPI sobre el crimen de agresión estaba activada. Cuestión diferente es que se pudiera ejercer dicha competencia, a la luz de la serie de condiciones de procedibilidad tan complejas que acabamos de examinar y que están establecidas en el Estatuto de Roma.

A priori, si atendemos a los hechos producidos en Ucrania, podemos hacer encajar claramente los mismos en la definición del crimen de agresión, tal y como está recogida en el Estatuto de Roma. Así, se ha producido un ataque de las fuerzas armadas rusas al territorio de Ucrania; se han producido y se siguen produciendo bombardeos por parte de las fuerzas armadas rusas en territorio de Ucrania; se ha dado un bloqueo de puertos y costas de Ucrania, intentando impedir el acceso de este país al Mar Negro; se están produciendo ataques contra las fuerzas armadas terrestres, navales y aéreas, e incluso contra la flota mercante de terceros Estados; y, además, Rusia ha enviado grupos irregulares, bandas armadas y mercenarios, como el Grupo Wagner, de modo que éstos están llevando a cabo actos de similar gravedad a los actos anteriormente mencionados.

Todos estos actos encajan en el corsé del crimen de agresión, tal y como está tipificado en el Estatuto de Roma. Por un lado, se trata de una violación manifiesta del art. 2. 4 de la Carta de la ONU¹⁵ por sus características, gravedad y escala. Coincidimos con KREß¹⁶, cuando afirma que el acto de Estado de agresión ha de reunir dichas características, a la luz del Derecho Internacional consuetudinario. En el caso de la invasión de Ucrania por parte de Rusia no cabe la menor duda de que así ha sido.

13 Art. 15 bis. 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

14 El 3 de octubre de 2023, contábamos con 45 ratificaciones de las enmiendas relativas al crimen de agresión. Se pueden consultar en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVI-II-10-b&chapter=18&clang=_en, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

15 WILMSHURST, E., “Ukraine: Debunking Russia’s Legal Justifications! (Chatman House, 24 February 2022, en <https://www.chathamhouse.org/2022/02/ukraine-debunking-russias-legal-justifications>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023; *Déclaration de l’Institut de Droit International sur l’agression en Ukraine*, 1 Mars 2022, en <https://www.idi-iil.org/fr/declaration-de-linstitut-de-droit-international-sur-lagression-en-ukraine/>, consultado por última vez el 25 de mayo de 2023; GLOBAL INSTITUTE FOR THE PREVENTION OF AGGRESSION, *Statement on Russia’s invasion of Ukraine: a crime of aggression. the need to amend the crime of aggression’s jurisdictional regime*, march 24, 2022, en https://crimeofaggression.info/wp-content/uploads/GIPA-Statement_24-March-2022_ENG.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

16 KREß, C., “The State Conduct Element”, en KREß, C. & BARRIGA, S. (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, vol. 1, 2017, pp. 507-537. Ver también: KREß, C., *The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law*, Torkel Opsahl Academic Publisher, Brussels, 2022, en particular pp. 3-9.

Por otro lado, si analizamos uno por uno los apartados a) a g) del art. 8 bis párr. 2º del Estatuto de Roma, vemos cómo la lista de actos constitutivos de la definición del acto de agresión se acopla plenamente a la conducta rusa en Ucrania¹⁷. Y este encaje es clarísimo, a pesar de los argumentos justificativos esgrimidos por Rusia, en particular: la legítima defensa, la protección de sus nacionales y la intervención humanitaria¹⁸. Nos hallamos, por tanto, ante un crimen de agresión típico, cometido por la persona que ostenta el control de la acción militar y política de Rusia, Vladimir Putin¹⁹, por lo que se cumpliría también el requisito de liderazgo, ya que el crimen de agresión es un crimen de líderes conforme al Estatuto de Roma²⁰.

2. El liderazgo en el crimen de agresión contra Ucrania

Conforme a los *Elementos de los Crímenes*, la responsabilidad penal internacional del individuo por cometer un crimen de agresión recae en quienes cumplan los siguientes requisitos: “1. Que el autor haya planificado, preparado, iniciado o realizado un acto de agresión. 2. Que el autor sea una persona que estaba en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar del Estado que cometió el acto de agresión. 3. Que el acto de agresión —el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas— se haya cometido. 4. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas. 5. Que el acto de agresión, por sus características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 6. Que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”²¹.

17 BOLLO AROCENA, M. D., “Agresión rusa a Ucrania, Crímenes Internacionales y Corte Penal Internacional”, *Anuario Español De Derecho Internacional*, Vol. 39, 2023, pp. 101-146, en particular p. 108.

18 Sobre dichos argumentos, ver: PUREZA, J. M; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “La guerra en Ucrania: ¿qué (des)orden antecede a qué nuevo (des)orden?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº44, diciembre 2022, en particular pp. 4-15. Ver también: KREß, C., *The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law*, Torkel Opsahl Academic Publisher, Brussels, 2022, pp. 9-11.

19 Dos modelos de actas de acusación contra Putin se pueden hablar en: GOODMAN, R. & HAMILTON, R., “Model Indictment for Crime of Aggression against Ukraine: Prosecutor v. Vladimir Putin”, *Just Security*, 14 March 2022, <https://www.justsecurity.org/80669/model-indictment-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine-vladimir-putin/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023 ; OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, “Model Indictment for the Crime of Aggression Committed against Ukraine”, 9 May 2022, en <https://www.justiceinitiative.org/publications/model-indictment-for-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

20 HAJDIN, N., “The Leadership Clause in the Crime of Aggression and Its Customary International Law Status”, *Just Security*, 17 March 2022, en [https://www.justsecurity.org/80696/the-leadership-clause-in-the-crime-of-aggression-and-its-customary-international-law-status/#:~:text=From%20the%20outset%2C%20the%20crime,International%20Military%20Tribunal%20\(IMT\)](https://www.justsecurity.org/80696/the-leadership-clause-in-the-crime-of-aggression-and-its-customary-international-law-status/#:~:text=From%20the%20outset%2C%20the%20crime,International%20Military%20Tribunal%20(IMT),), consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

21 *Elementos de los Crímenes* del Art. 8 bis del Estatuto de Roma, enmendado por la resolución RC/Res. 6; véase Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11), parte II (*Ibid.*, n (9)).

El crimen de agresión de Putin contra Ucrania cumple todos los requisitos anteriormente mencionados. De hecho, Putin ha planificado, preparado, iniciado y realizado dicho acto de agresión, estando en posición de controlar dicha acción militar que constituye un ataque a la integridad territorial de Ucrania; igualmente, Putin tenía conocimiento de su ilegalidad, conforme a la Carta de la ONU. Sin embargo, no existe obligación de circunscribir dicha responsabilidad sólo a dicho Jefe de Estado.

Así, el propio texto de los *Elementos de los Crímenes*, especifica que “puede suceder que más de una persona se halle en una situación que cumpla con estos criterios”²². Sin embargo, el listado de personas dignos de ser enjuiciados por el crimen de agresión habría de ser restringido, de modo que se circunscribiera sólo a aquellos que estaban en condiciones de controlar o dirigir la guerra de agresión. Si atendemos al listado de las personas sancionadas por la UE, dicha Organización sancionó a 71 personas y 33 entidades²³. En cambio, a efectos de la responsabilidad penal internacional de los individuos por la comisión de la agresión, opinamos que ésta debería ser más limitada.

De este modo, la responsabilidad penal internacional de los individuos por el crimen de agresión contra Ucrania podría concretarse en las siguientes personas: el Presidente de Rusia, Vladímir Putin y el ministro de Asuntos Exteriores de Rusia, Serguéi Lavrov, pudiendo ampliarse (en cuyo caso, habría que valorar la conveniencia) a algún alto comandante del Grupo Wagner o a algún miembro decisivo del Consejo Nacional de Seguridad.

Con todo, conforme al texto anteriormente mencionado y al Derecho Internacional consuetudinario, cometen el crimen de agresión quienes ostentan una posición de liderazgo. No obstante, dicha responsabilidad no tiene porqué limitarse a quien ostente la más alta responsabilidad en la cadena de mando del Estado (Jefe de Estado/Jefe de Gobierno), sino que puede ampliarse, por ejemplo, al Ministro de Defensa o al Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, si no coinciden dichas figuras.

En el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se limitó la responsabilidad penal internacional por la Guerra de agresión a aquellos que estuvieran “in a position to shape or influence the policy that brings about [the criminal war’s] initiation or its continuance after initiation, either by furthering, or by hindering or preventing it.”²⁴. De hecho, el Tribunal estimó que Hitler no podía haber acometido una guerra de agresión por sí solo, sino que contó con jefes militares, y diplomáticos entre otros²⁵. Si atendemos al Estatuto de Roma, éste limita la responsabilidad respecto del crimen de agresión a aquellos que están en condiciones de “controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado” (artículo 8 bis. 1). De este modo, el Estatuto de Roma estrecha la definición de aquellos capaces de cometer un crimen

22 Nota a pie 75 del texto de los *Elementos de los Crímenes* (*Ibid.*, n (9)).

23 <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/sanctions-against-russia-explained/#individual>, consultado por última vez el 13 de septiembre de 2023.

24 Juicio de los principales criminales de guerra ante el Tribunal Militar Internacional, Nuremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1º de octubre de 1946, publicado en Nuremberg, Alemania, 1947, p. 488.

25 *Ibidem*, p. 226.

de agresión²⁶, sobre todo si lo comparamos con otros Tribunales como los establecidos en la II Guerra Mundial²⁷.

Nos alineamos con DANNENBAUM, cuando afirma que el estándar de liderazgo establecido en el ER resulta más restrictivo que el de Nuremberg, sin que quede claro que dicho estándar refleje plenamente el Derecho Internacional consuetudinario en la materia²⁸. En este sentido, resulta llamativo el hecho de que algunos llamamientos a la creación de un tribunal especial para el crimen de agresión recuperen la terminología de Nuremberg al establecer que se debería investigar no sólo a quienes hayan cometido el crimen de agresión, sino también a aquellos que hayan contribuido materialmente o dado forma a la comisión de dicho crimen²⁹.

En todo caso, parece obvio que Vladimir Putin ostenta el liderazgo y cabría ser juzgado por el crimen de agresión cometido por la Federación Rusa contra Ucrania. Más dudas, suscitan otras personas, ya mencionadas, y que estarían involucradas en dicha comisión. Por otro lado, el Presidente de Bielorrusia, Alexander Lukashenko³⁰ sí encajaría en las definiciones del Estatuto de Roma, puesto que, conforme al art. 8 bis 2. f) ER, ha permitido que “[...] su territorio [sea] puesto a disposición de otro Estado, [y] sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado”.

Otra de las posibles responsabilidades penales individuales invocables es la relativa a los líderes del Grupo Wagner (uno de ellos ya fallecido), lo que encajaría en el art. 8 bis 2. g) ER, que menciona ” [e]l envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”.

En cualquier caso, el paraguas del art. 8 bis 1, de estar en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado se habría de extender a los dos supuestos antes mencionados en el caso de su enjuiciamiento por la Corte Penal Internacional o incluso de un tribunal internacional diferente. No obstante, el enjuiciamiento por parte de un tribunal internacional diferente a la CPI podría conllevar dudas en torno a una posible ampliación de las personas susceptibles de ser enjuiciadas por el crimen de agresión³¹.

26 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. . *op. cit.*, p. 2.

27 Ver: McDOUGALL, C., *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2021, pp. 213-257.

28 DANNENBAUM, T., “Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia’s Aggression Against Ukraine”, *Just Security*, March 10, 2022, p. 1, en <https://www.justsecurity.org/80626/mechanisms-for-criminal-prosecution-of-russias-aggression-against-ukraine/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

29 En particular, destacamos: *Statement calling for the creation of a Special Tribunal for the punishment of the crime of aggression against Ukraine*, en <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

30 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. . *op. cit.*, p. 2.

31 Precedentes existen, ya que, tal y como señala DANNENBAUM, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg extendió la responsabilidad a personas tales como al sr. Farben, al reconocer que la responsabilidad penal internacional por agresión podría recaer en personas que ostentaban cargos en el ámbito político, militar o industrial, siendo responsables de la formulación y ejecución de políticas (Juicio de los principales criminales de guerra..., p. 556). Igualmente, consideró responsable a Kark Dönitz, aún descubriendo que no estaba al tanto de la conspiración de la guerra de agresión, ya que no controlaba la campaña militar

Por lo tanto, conviene delimitar bien quiénes responderían por el crimen de agresión en Ucrania. Quizás convendría no limitar la responsabilidad penal internacional a Putin, pero tampoco extenderla de un modo excesivo. En este sentido, no podemos sino recordar las palabras del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, cuando afirma que es preciso tener en cuenta que en algunos casos los acusados no eran funcionarios de alto nivel en el gobierno o las Fuerzas Armadas, de modo que no habían participado como líderes. En este sentido, dicho Tribunal realiza una reflexión digna de ser tomada en consideración, al expresar la necesidad de trazar la línea divisoria entre los culpables y los inocentes dentro de la población alemana³².

A este respecto, cabe señalar que el 13 de diciembre de 2022, el Parlamento de la Federación Rusa aprobó en primera lectura un proyecto de ley relativo a la aplicación del Derecho Penal ruso en los territorios de Ucrania ocupados por Rusia. En dicho Proyecto se incluye una disposición que establece que un hecho considerado delictivo tanto en la legislación rusa como en la ucraniana no será calificado como tal si iba “dirigido a proteger los intereses de la Federación Rusa”³³. De esta manera, la Federación Rusa pretende salvar a su Presidente y los altos cargos del enjuiciamiento por crimen de agresión, y a sus subordinados por la comisión de otros crímenes internacionales.

En cuanto a la legislación ucraniana, su Código Penal contempla una opción amplia de responsabilidad penal internacional de los individuos por la comisión del crimen de agresión, que no se limita a los líderes, tal y como se deduce de la lectura conjunta de los artículos 436 y 437³⁴. En las mencionadas disposiciones figura tanto la propaganda de la guerra de agresión, como la planificación, preparación y lanzamiento de dicha guerra, actos en los que se pueden ver involucradas más personas, amén del Presidente.

En conclusión, aún a sabiendas de que el liderazgo es un requisito claro del crimen de agresión, habrá que buscar un equilibrio teniendo en cuenta varias cuestiones. Por un lado, habrá que tener en cuenta la consideración del liderazgo por parte del Estatuto de Roma, de modo que, si un tribunal internacional o un tribunal nacional enjuicia a los responsables del crimen de agresión contra Ucrania, no se ocasionen distorsiones en el Sistema de Justicia Penal Internacional. Por otro lado, hemos de apostar por la erradicación de la impunidad en relación con el crimen de agresión contra Ucrania determinando la responsabilidad penal internacional de todos los individuos responsables, conforme no sólo al Estatuto de Roma sino también al Derecho consuetudinario en la materia. Todo ello siendo conscientes de que el enjuiciamiento

antes del año 1943 (Juicio de los principales criminales de guerra..., p. 1124). Ver: DANNENBAUM, T., “Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia’s Aggression...”, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

32 Juicio de los principales criminales de guerra..., p. 1126.

33 Ver la posición de Amnistía Internacional al respecto, en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/rusia-el-proyecto-de-ley-que-elimina-la-responsabilidad-penal-por-los-crimenes-de-guerra-da-fuerza-de-ley-a-la-impunidad/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

34 Arts. 436 y 437, *Criminal Code of the Republic of Ukraine*, traducido al inglés por el Consejo de Europa, en: https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/ukr/2001/criminal-code-of-the-republic-of-ukraine-en_html/Ukraine_Criminal_Code_as_of_2010_EN.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

de determinadas personas en posición de liderazgo posee un gran valor simbólico y una innegable aportación al mencionado Sistema.

III. LAS DIFICULTADES PARA ENJUICIAR A LOS RESPONSABLES DE LA AGRESIÓN CONTRA UCRANIA

1. El enjuiciamiento a nivel internacional: la CPI y su “misión imposible”

A pesar de estar ante un crimen de agresión por parte de la Federación Rusa contra Ucrania, tal y como está estipulado en el Estatuto de Roma, no es posible, a priori, enjuiciar a los responsables ante la Corte Penal Internacional. A continuación, vamos a desglosar las principales cuestiones jurídicas que imposibilitan que la CPI ejerza su competencia sobre los responsables del crimen de agresión contra Ucrania.

Por un lado, Ucrania no es un Estado Parte del Estatuto de Roma. No obstante, Ucrania ha ejercido dos veces su prerrogativa para aceptar la jurisdicción de la Corte (art. 12. 3 del Estatuto de Roma-ER—)³⁵ sobre presuntos crímenes internacionales ocurridos en su territorio. De este modo, la primera declaración presentada por el Gobierno de Ucrania el 25 de febrero de 2014³⁶ aceptaba la jurisdicción de la CPI con respecto a los presuntos crímenes cometidos en territorio ucraniano del 21 de noviembre de 2013 al 22 de febrero de 2014³⁷. Dicha declaración hacía referencia a los presuntos crímenes cometidos en relación con el Euromaidán³⁸.

35 El art. 12. 3 del Estatuto de Roma reza así: “3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.”

36 El texto de la declaración de 25 de febrero de 2014, se puede consultar en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

37 A este respecto, cabe señalar, como hemos mencionado anteriormente, que, a finales de 2013, estalló un conflicto entre Ucrania y la Federación de Rusia a raíz de una crisis política en Ucrania. El hecho detonante fue que el presidente Yanukóvich decidió suspender el proceso que iba a llevar a la firma del acuerdo de asociación con la Unión Europea. Dicha suspensión desencadenó un movimiento popular que denominado «revolución de la dignidad» (Euromaidán). Como consecuencia, en Crimea, soldados rusos encapuchados y sin distintivos tomaron el control de todos los puntos estratégicos de la región el 27 de febrero de 2014. El 16 de marzo de 2014 se organizó un «referéndum» de independencia y de unificación con la Federación de Rusia. Ante estos hechos, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 68/262 (Integridad territorial de Ucrania), de 27 de marzo de 2014, en respuesta a la crisis de Crimea. La Asamblea General afirmó su compromiso con la soberanía, la independencia política, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente, subrayando la invalidez del referéndum del 16 de marzo celebrado en la Crimea autónoma (UN AG Res. 68/262, de 27 de marzo de 2014).

38 Esta declaración de aceptación de la jurisdicción de la CPI, vía artículo 12. 3 del Estatuto, se produjo el 25 de febrero de 2014, como consecuencia de la decisión adoptada por la Rada Suprema (Parlamento de Ucrania). Dicha Declaración fue comunicada al Secretario de la CPI a través de la Embajada ucraniana en los Países Bajos. Posteriormente, fue corroborada por el Ministro de Asuntos Exteriores de Ucrania. La legitimidad del Parlamento ucraniano para adoptar dicha declaración parece fuera de toda duda. No obstante, el contexto en el que fue adoptada la misma sí ofrece dudas. En este sentido, recordemos que se produjo durante el Euromaidán, que condujo al Presidente Yanukóvich a abandonar el país, mientras que

Con posterioridad, ante la evolución de los acontecimientos de Crimea y los distritos orientales de la República, el 8 de septiembre de 2015, Ucrania emitió una segunda declaración³⁹, que prorrogaba este período de forma indefinida para abarcar los presuntos crímenes cometidos en todo el territorio de Ucrania desde el 20 de febrero de 2014 en adelante. Estas declaraciones habían dado lugar a que la Fiscalía de la CPI encajara la situación de Ucrania entre las que son objeto del examen preliminar de la Corte, mucho antes de que se produjera la agresión por parte de la Federación Rusa en 2022⁴⁰.

La cuestión decisiva es si estas declaraciones constituyen base suficiente, desde el punto de vista material y temporal, para que la CPI pueda conocer de todos los crímenes cometidos desde febrero de 2022 con la invasión rusa de Ucrania. Así, en cuanto a las posibles limitaciones temporales de las declaraciones emitidas por Ucrania, hemos de señalar que la segunda declaración prorroga la competencia temporal de la CPI sobre Ucrania de modo indefinido, al establecer que acepta la competencia de la CPI desde el 20 de febrero de 2014, sin señalar fecha de terminación del ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte. En consecuencia, sí existe base jurídica para que la Corte conozca de los crímenes cometidos en Ucrania en la intervención militar de Rusia que comenzó el 24 de febrero de 2022.

Con todo, cabe señalar que dichas declaraciones del Parlamento ucraniano contienen sutiles diferencias respecto de las remitidas a la Secretaría de la CPI⁴¹. En las del Parlamento se habla de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En cambio, en las remitidas a la CPI, aparece una referencia genérica a los “actos” cometidos. Tomamos como válidas estas últimas, por constituir los documentos oficiales en la relación de Ucrania con la CPI.

Profundizando en el ámbito material de dichas declaraciones, nos alineamos con BOLLO AROCENA⁴² cuando afirma que al aceptar Ucrania la competencia de la Corte, lo hace respecto de cualquiera de los crímenes establecidos en el art. 5 del ER, por lo que, a priori, estarían incluidos también el genocidio y la agresión, crímenes sobre los cuales no se ha pronunciado la CPI.

Hemos utilizado la expresión “a priori”, porque vamos a comprobar cómo existen serias dudas respecto del crimen de agresión, a la luz de que éste responde a unas enmiendas que habrían

asumía el cargo interinamente Oleksandr Turchinov. Las elecciones de 25 de mayo de 2014 condujeron al poder a Petró Poroshenko. Este presidente nunca cuestionó la validez de la Declaración de febrero de 2014. Bien al contrario, la completó con una segunda declaración en septiembre de 2015. Es interesante la reflexión de BOLLO AROCENA sobre la aceptación de dichas declaraciones por parte de la CPI cuando son formuladas por gobiernos *de facto*, en situaciones como la mencionada: 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. . .), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº31, 2016, pp. 12 y 13.

39 El texto de la declaración de 8 de septiembre de 2015 se puede consultar en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

40 ICC, OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2020, 14 December 2020, pp. 68-72.

41 Dichas declaraciones se pueden encontrar en: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

42 BOLLO AROCENA, M. D., “Agresión rusa a Ucrania, Crímenes Internacionales. . *op. cit.*, p. 105.

de ser aceptadas por el Estado que consintiera en ser Estado Parte en el Estatuto de Roma. En efecto, conforme al tenor literal de dichas declaraciones, queda determinada la competencia material de la CPI respecto de la situación de Ucrania. Dicha competencia podrá ejercerse tanto respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, quedando excluida en todo caso la competencia de la Corte del crimen de agresión⁴³ por las razones que a continuación expondremos.

De este modo, respecto del crimen de agresión, el ER establece una serie de reglas especiales. Así, la CPI no tendrá jurisdicción sobre los nacionales de los Estados Parte en el Estatuto de Roma de la CPI que no hayan ratificado las enmiendas relativas al crimen de agresión, contenidas en los artículos 8 bis, 15 bis y ter del Estatuto. Todo ello en el supuesto de una remisión estatal o de una investigación iniciada por el Fiscal de la CPI. A fecha de 21 de noviembre de 2023, son 123 los Estados parte en el Estatuto, y de éstos solo 45 han aceptado la enmienda. Por lo tanto, hay 78 Estados que no han aceptado los artículos 8bis, 15 bis y ter del Estatuto, lo que constituye un gran número y refleja el poco consenso existente al respecto. En esta misma línea, tal y como se ha mencionado, ni Rusia ni Ucrania son Estados Parte del Estatuto de Roma de la CPI, por lo que tampoco han ratificado las enmiendas correspondientes al crimen de agresión.

De hecho, si nos situamos en el contexto de los Estados no Parte, como es el caso que nos ocupa, aún se agrava más la cuestión. De este modo, conforme al art. 15 bis. 5 del Estatuto de Roma, respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo⁴⁴. En esta situación, los nacionales son de nacionalidad rusa, y la Federación Rusa no es Estado Parte, y el territorio en donde se ha cometido el crimen es Ucrania, que tampoco es Estado Parte y no ha aceptado las enmiendas en relación con el crimen de agresión.

La única posibilidad para que la CPI conociera del crimen de agresión en Ucrania sería que hubiera existido una remisión de la situación de Ucrania ante la CPI por parte del Consejo de Seguridad. Éste es el único supuesto en que no actúan las limitaciones jurisdiccionales antes señaladas, tal y como figura en el art. 15 ter del ER⁴⁵. Pero esta opción resulta totalmente imposible por el veto de Rusia en tanto que Miembro Permanente de este órgano. Con todo, tal y como mantendremos más adelante, que el Consejo de Seguridad someta a votación una pro-

43 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, p. 64.

44 “Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo” (art. 15. bis 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

45 El art. 15 ter del Estatuto de Roma reza así: “Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión. (Remisión por el Consejo de Seguridad)

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.
2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

puesta fallida de resolución en el sentido de remitir la situación de la agresión contra Ucrania ante la CPI sería deseable y conveniente, desde la perspectiva de agotar las vías posibles ante la Corte.

Así, contemplamos un panorama cierto en el que, según ESCOBAR HERNÁNDEZ, “la Corte no podrá en ningún caso ejercer su jurisdicción respecto del crimen de agresión, ya que un eventual reconocimiento unilateral por Ucrania de la competencia de la Corte respecto de esta categoría de crímenes no solo no se ha producido, sino que —además— resulta imposible como consecuencia de las especiales reglas que se establecen en el Estatuto de Roma respecto de la atribución y ejercicio de la competencia de la CPI”⁴⁶.

Este contexto tan delicado que rodea el enjuiciamiento del crimen de agresión no hace sino reflejar la debilidad estructural de las Organizaciones internacionales, tanto de la ONU⁴⁷ como de la CPI, “para ofrecer una respuesta colectiva e institucional a una agresión como la ocurrida en Ucrania, particularmente si el agresor es un Estado con asiento permanente en el Consejo de Seguridad”⁴⁸.

La imposibilidad de juzgar el crimen de agresión cometido en Ucrania por parte de la CPI parece cierta e, incluso, ciertas voces se alzan pidiendo la reforma del Estatuto de Roma⁴⁹.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1.º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5. ”

46 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad ...*op. cit.*, p. 65.

47 El 25 de febrero de 2022, se adoptó un proyecto de resolución por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) que lamentaba la “agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania en violación del artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas”. Dicho Proyecto obtuvo 11 votos a favor, 1 en contra y 3 abstenciones (UN Security Council, “Draft resolution”, UN Doc S/2022/155, 25 February 2022; UN Security Council, Letter dated 28 February 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2014/136) – Verbatim Record, UN Doc S/PV. 8979, 25 February 2022, p. 6). Debido al veto de Rusia y la incapacidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para cumplir con sus funciones, la cuestión se transfirió a la Asamblea General de las Naciones Unidas. (UN Security Council, Resolution 2623 on Emergency Special Session of the General Assembly on Ukraine, UN Doc S/RES/2623(2022), 27 February 2022; dicha resolución fue adoptada por 11 votos a favor, 1 en contra (Rusia) y 3 abstenciones (China, India y Emiratos Árabes Unidos). Ver: UN Security Council, Letter dated 28 February 2014 from the Permanent Representative of... p. 2). El 2 de marzo de 2022, la Asamblea General adoptó una resolución titulada “Agresión contra Ucrania” en la que deplora en los términos más enérgicos la agresión de la Federación Rusia contra Ucrania en violación del Artículo 2. 4 de la Carta de la ONU (UN General Assembly, Resolution ES-11/1 on Aggression against Ukraine, UN Doc A/RES/ES-11/1, 18 March 2022). La resolución fue aprobada con 141 votos a favor, 5 en contra y 35 abstenciones.

48 PONS RAFOLS, X., “La guerra de Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho Internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n°43, junio 2022, p. 3.

49 Ver: REISINGER CORACINI, A., “Is Amending the Rome Statute the Panacea Against Perceived Selectivity and Impunity for the Crime of Aggression Committed Against Ukraine?”, *Just Security*, 21 March 2023, en <https://www.justsecurity.org/85593/is-amending-the-rome-statute-the-panacea-against-percei->

Dicha reforma implicaría poner en marcha un largo proceso para lograr la ratificación de 7/8 de los Estados Parte, aun asumiendo que fuera posible conceder a dicha enmienda un carácter retroactivo⁵⁰. En todo caso, esta complejidad, lentitud e incertidumbre contribuiría, sin duda, a acrecentar la sensación de impunidad respecto de la agresión rusa contra Ucrania.

Otra opción, apuntada por un sector de la doctrina⁵¹, sería hacer encajar los actos constitutivos del crimen de agresión en el concepto de crímenes contra la humanidad. Dicha posibilidad no nos parece la más acertada, a la luz de la gravedad que entraña el crimen de agresión, lo que hace que, de modo simbólico, sea importante su enjuiciamiento. Pero no sólo motivos simbólicos hacen poco deseable dicho encaje, sino que, desde la perspectiva de la aplicación del Derecho Internacional Penal, un enjuiciamiento de un líder como Putin por un mecanismo judicial internacional adecuado supondría todo un avance.

Pero la CPI no ha permanecido de brazos cruzados ante otros crímenes diferentes a la agresión y cometidos en la situación de Ucrania. De hecho, en septiembre de 2022, el Fiscal de la CPI se dirigió al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y enfatizó que la investigación de la supuesta deportación ilegal de niños de Ucrania era una prioridad para su Oficina⁵². En consonancia con esa declaración de intenciones, el 17 de marzo de 2023, la Sala II de Cuestiones Preliminares de la CPI emitió órdenes de detención⁵³ respecto de dos personas en el contexto de la situación en Ucrania : el Sr. Vladimir Vladimirovich Putin, Presidente de la Federación Rusa, y la Sra. Maria Alekseyevna Lvova-Belova, Comisionada para los Derechos del Niño de la Oficina del Presidente de la Federación Rusa. Dichas órdenes de detención están bajo secreto de sumario, para obtener la adecuada protección de las víctimas y testigos y también para salvaguardar la investigación.

En definitiva, a juicio de la Sala de Cuestiones Preliminares II, existen motivos razonables para creer que dichos sospechosos son responsables de ciertos crímenes de guerra cometidos contra niños ucranianos, en particular de: la deportación ilegal de población (niños) y el traslado ilegal de población (niños) de las zonas ocupadas de Ucrania a la Federación Rusa. Es loable que la CPI haya intervenido en la situación de Ucrania, empezando por un crimen concreto, sin perjuicio de que dicha competencia se amplie en el futuro. Lamentablemente, el crimen de agresión no podrá ser objeto de dicha ampliación por las razones jurídicas antes señaladas.

De momento, con los mimbres actuales, para sobreponerse al callejón sin salida que implica el enjuiciamiento de la agresión por la CPI, podemos acudir a una serie de opciones, planteadas

ved-selectivity-and-impunity-for-the-crime-of-aggression-committed-against-ukraine/, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

50 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against...*op. cit.*, p. 3.

51 PINZAUTI, G., PIZZUTI, A., “Prosecuting Aggression against Ukraine as an ‘Other Inhumane Act’ before the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20, n° 5, 2022, pp. 1061-1083. Ver también: FERENCZ, B., “The Illegal Use of Armed Force as A Crime Against Humanity”, *Journal on the Use of Force and International Law*, 2:2, 2015, pp. 187-198.

52 Ver: UN Security Council, 9135TH MEETING (AM), SC/15036, 22 September 2022.

53 <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

por la doctrina⁵⁴, por otros actores internacionales⁵⁵ y por el Estado víctima, Ucrania⁵⁶. Pero antes de explorar dichas propuestas, es necesario abordar la posibilidad de enjuiciamiento por parte de tribunales nacionales de los Estados involucrados o de otros Estados. Si comprobamos que dicha elección tampoco está exenta de dificultades, habrá que abrir los ojos ante el planteamiento de un tribunal internacional que enjuicie el crimen de agresión contra Ucrania.

2. El enjuiciamiento a nivel nacional y sus impedimentos

A) PRINCIPALES IMPEDIMENTOS

Primeramente, es necesario indagar en el propio sistema jurídico de Ucrania, para comprobar si es posible la creación de un tribunal especial a nivel interno para enjuiciar el crimen que nos ocupa. De este modo, comprobamos cómo el artículo 125 de la Constitución de Ucrania⁵⁷ establece que “No se permitirá la creación de tribunales especiales o extraordinarios”. A primera vista, podría parecer que esta disposición constituye un impedimento para la creación de un tribunal especial, tanto a nivel nacional como internacional. No obstante, si profundizamos en el origen de la norma, vemos cómo constituye un obstáculo para la creación de un tribunal nacional especial para el crimen de agresión, pero no para un tribunal internacional.

Así, coincidimos con KOMAROV y HATHAWAY⁵⁸, en que dicho artículo deriva de la situación de Ucrania como Estado postsoviético. En este sentido, estos autores recuerdan que, cuando se adoptó la Constitución ucraniana en 1996, aún estaba muy presente el recuerdo de

54 CORTEN, O; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression against Ukraine: a legal assessment”, European Parliament, December 2022, pp. 1-60.

55 Con el objetivo de suplir la grave carencia que implica la imposibilidad de enjuiciar el crimen de agresión en Ucrania por parte de la CPI, se ha producido la intervención de actores internacionales, ofreciendo soluciones. Uno de esos actores internacionales ha sido la Unión Europea (UE). De este modo, en noviembre de 2022, la Comisión Europea presentó diferentes opciones a los Estados miembros para garantizar que estas personas puedan rendir cuentas por las atrocidades cometidas en Ucrania https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_23_1363 consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023). Entre dichas opciones se propuso: un tribunal internacional especial e independiente basado en un tratado multilateral; o un tribunal especializado integrado en un sistema de justicia nacional con jueces internacionales, al estilo de los tribunales híbridos (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7311 consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023). En todo caso, para la Comisión Europea, resulta claro que el establecimiento de un tribunal especial ha de ser respaldado por la ONU.

56 “Speech by the President of Ukraine at the General Debate of the 77th session of the UN General Assembly”, 22 September 2022, en <https://www.legal-tools.org/doc/wh08nu/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

57 La traducción es propia. Ver la Constitución de Ucrania traducida al inglés por el Consejo de Europa, en: <https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>, consultada por última vez el 13 de noviembre de 2023.

58 KOMAROV, A. & HATHAWAY, O. A., “Ukraine’s Constitutional Constraints: How to Achieve Accountability for the Crime of Aggression”, *Just Security*, April 5, 2022, p. 1, en https://www.justsecurity.org/80958/ukraines-constitutional-constraints-how-to-achieve-accountability-for-the-crime-of-aggression/?utm_source=feedly&utm_medium=rss&utm_campaign=ukraines-constitutional-constraints-how-to-achieve-accountability-for-the-crime-of-aggression, consultado por última vez el 11 de noviembre de 2023.

los tribunales especiales y extraordinarios⁵⁹ que actuaron durante la era soviética. Dichos tribunales eran un instrumento extrajudicial al servicio de fines totalitarios de la Troika Especial, durante la Gran Purga y los tribunales especiales en el sistema de los Gulag.

El mencionado artículo de la Constitución debe, además, leerse en conjunción con el art. 3 de la *Law of Ukraine on the Judiciary and the Status of Judges*, de 2016⁶⁰, que establece lo mismo que el citado artículo 125, pero en el caso de la Ley de 2016, dicha disposición se enmarca en el título de “el Sistema Judicial de Ucrania”⁶¹. En consecuencia, la prohibición de crear tribunales especiales y extraordinarios se inscribiría sólo al caso del orden interno ucraniano y no podría extenderse al ámbito internacional. De hecho, después de que Ucrania firmara el Estatuto de Roma en 2000, el Presidente de Ucrania presentó una petición ante el Tribunal Constitucional de Ucrania solicitando una opinión sobre la constitucionalidad de la ratificación del Estatuto de Roma en relación con varios aspectos, relativos a la entrega de ciudadanos ucranianos a la CPI, a la consideración de dicha Corte como un tribunal especial, así como de las inmunidades⁶². El Tribunal Constitucional concluyó que el mencionado artículo 125 no se aplica como tal a la CPI, reiterando el argumento referido a que la prohibición sólo se aplica en el sistema jurídico interno y no en el ámbito internacional⁶³.

Con todo, si bien la posibilidad de enjuiciar el crimen de agresión por un tribunal especial en el orden interno parece fuera de lugar, sí sería posible dicho enjuiciamiento por los tribunales ordinarios ucranianos o por un tribunal especial internacional.

Comenzando por la primera opción, conviene resaltar que el Código Penal ucraniano prevé, en su artículo 437, la penalización de la planificación, preparación y lanzamiento de una guerra de agresión, estableciendo que: “1. La planificación, preparación o celebración de una guerra de agresión o un conflicto armado, o la conspiración para cualquiera de ellos, será castigada con pena privativa de libertad de siete a doce años. 2. La realización de una guerra de agresión o de operaciones militares agresivas será castigada con pena privativa de libertad de diez a quince años”⁶⁴. Igualmente, se penaliza en su Código Penal cruzar de modo ilegal la frontera de Ucrania⁶⁵. Finalmente, y conforme al art. 49. 5 de dicho texto normativo, el crimen de

59 *Ibidem*.

60 Ley traducida por el Consejo de Europa: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2021\)080-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2021)080-e), consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

61 *Ibidem*. La traducción es propia.

62 <https://www.coalitionfortheicc.org/es/country/ucrania>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

63 Párrafo 2, sección 2. 1 de la conclusión del Tribunal Constitucional de Ucrania No 3-B/2001 del 11 de julio de 2001, caso No 1-35/2001, en <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003v710-01#Text>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

64 La traducción es propia. Ver: *Criminal Code of the Republic of Ukraine*, traducido al inglés por el Consejo de Europa, en: https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/ukr/2001/criminal-code-of-the-republic-of-ukraine-en_html/Ukraine_Criminal_Code_as_of_2010_EN.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

65 Aunque el artículo se refiere al movimiento ilegal de personas a través de la frontera, se podría interpretar en el sentido de intervenir ilegalmente en el territorio de Ucrania. “Article 332. Illegal movement of persons across the state border of Ukraine. 1. Organizing of illegal movement of persons across the state border of Ukraine, coordinating or facilitating any such actions by advice, instructions, provision of means

agresión es imprescriptible, en la línea con la imprescriptibilidad reconocida a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad⁶⁶.

El gran problema estriba en la entrega de Putin y los principales líderes políticos y militares responsables de la planificación, preparación y desencadenamiento de la guerra de agresión. Lograr dicha entrega sin la cooperación de la Federación Rusa resulta, a todas luces, imposible. Más aun tomando en consideración el hecho de que no se podría obtener ninguna resolución del Consejo de Seguridad de la ONU al respecto, por el veto ruso. Sin dicha entrega, el enjuiciamiento no va a poder hacerse realidad. A juicio de KELLER, los problemas prácticos relativos a la entrega de los sospechosos y a la obtención de las pruebas se revelan como decisivos en el caso de Ucrania⁶⁷. Y un enjuiciamiento *in absentia* resultaría perjudicial para la legitimidad de los juicios llevados a cabo, a pesar de que la legislación ucraniana lo permita.

Sin embargo, en el hipotético caso de que fueran entregados a los tribunales ucranianos dichos responsables, éstos podrían ser enjuiciados conforme al ordenamiento jurídico ucraniano, y en cualquier momento (a la luz de la imprescriptibilidad). Pero los intentos previos de Ucrania de enjuiciar el crimen de agresión cometido por la intervención rusa en Crimea ya demostraron lo problemático del tema. De hecho, Yanucovich fue enjuiciado *in absentia*, y los otros dos acusados fueron dos oficiales de nivel medio que no reunían la característica de liderazgo necesaria para poder ser enjuiciados por agresión⁶⁸.

Si resultaran condenados los principales responsables rusos del crimen de agresión contra Ucrania, podrían cumplir condena en el territorio de la Federación Rusa, dependiendo de lo que establezcan los tratados celebrados entre ambos Estados, lo que parece, en estos momentos, difícil. De hecho, el art. 10. 2 del Código Penal ucraniano dispone que: “Los ciudadanos extranjeros que hayan cometido delitos penales en el territorio de Ucrania y hayan sido condenados por estos delitos en virtud del presente Código podrán ser trasladados para cumplir sus penas por los delitos cometidos en el Estado del que sean nacionales, cuando dicho traslado esté previsto por los tratados internacionales de Ucrania”⁶⁹.

Otra opción sería el ejercicio de la jurisdicción universal sobre el crimen de agresión, de modo que otros Estados, distintos a Rusia y Ucrania, enjuiciaran en sus tribunales nacionales

or removal of obstacles, shall be punishable by imprisonment for a term of two to five years with the forfeiture of transport or any other means used to commit the offense.

2. The same actions, if repeated, or committed by a group of persons upon their prior conspiracy, shall be punishable by imprisonment for a term of three to seven years with the forfeiture of means used to commit the offense” (*Ibidem*).

66 *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity* Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2391 (XXIII) of 26 November 1968. Entry into force: 11 November 1970, in accordance with article VIII

67 KELLER, K. J., “Creating a Special Tribunal. ., *op. cit.*, p. 2.

68 Ver al respecto, el acertado comentario realizado por: SAPAYIN, S., “A Curious Aggression Trial in Ukraine: Some Reflections on the Alexandrov and Yerofeyev Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 16, Issue 5, December 2018, pp. 1093–1104.

69 La traducción es propia (*Ibid.*, n (64)).

a Putin y a los otros responsables. En particular, algunos Estados, como Lituania⁷⁰ y Polonia⁷¹, reconocen la jurisdicción universal sobre el crimen de agresión y han abierto sendas investigaciones en relación con dicho crimen en Ucrania. Si las dificultades prácticas de entrega de sospechosos y pruebas son variadas en el propio territorio de Ucrania, nada hace pensar que éstas vayan a ser menores en el supuesto de tribunales internos alejados de los acusados y del territorio donde fue cometido el crimen.

Desde el punto de vista teórico, no podemos olvidar el debate que existe en la doctrina en relación con el crimen de agresión y la jurisdicción universal. De hecho, llama la atención que no se recoja el crimen de agresión entre aquellos que dan lugar a jurisdicción universal en ninguna de las opiniones separadas del caso ante la Corte Internacional de Justicia “Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*)”⁷². Coincidimos con aquellos que señalan que es difícil constatar una práctica estatal uniforme que demuestre que los Estados aceptan el principio de que el crimen de agresión pueda ser enjuiciado por Estados diferentes de aquellos que posean un nexo jurisdiccional con el crimen⁷³. Las dificultades para introducir las enmiendas al Estatuto de Roma en relación con este crimen no hacen sino probar este hecho.

Así las cosas, la propia Comisión de Derecho Internacional ha llegado a alegar, en el pasado, que sólo el propio Estado agresor puede ejercer jurisdicción sobre este crimen a la luz de la dimensión política y estatal que reviste dicho crimen⁷⁴.

En todo caso, si apostáramos por la teoría de que el Derecho consuetudinario ampara la jurisdicción universal en relación con el crimen de agresión⁷⁵, las dificultades prácticas que implica

70 Ver: arts. 7 y 110 del Código Penal Lituano, traducido al inglés en: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActPrint/lt?jfwid=rivwzvpvg&documentId=a84fa232877611e5bca4ce385a9b7048&category=TAD>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023. Ver también: <https://www.lrt.lt/en/news-in-english/19/1633685/lithuania-opens-probe-into-crimes-against-humanity-in-ukraine-attacked-by-russia>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

71 Ver: arts. 112 y 117 del Código Penal Polaco, traducido al inglés en: https://www.imolin.org/doc/amlid/Poland_Penal_Code1.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023. En todo caso, coincidimos con McDOUGALL, cuando afirma que hay cierta problemática a la hora de encajar el crimen de agresión contra Ucrania exactamente en lo que el art. 112 del Código Penal Polaco llama “an offence against the internal or external security of the Republic of Poland” (McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. . . *op. cit.*, p. . 4).

72 <https://www.icj-cij.org/case/121/judgments>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

73 ADVISORY COMMITTEE ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *Challenges in prosecuting the crime of aggression: jurisdiction and immunities* (Advisory report No. 40, 2022), en <https://www.advisorycommitteeinternationallaw.nl/publications/advisory-reports/2022/09/12/challenges-in-prosecuting-the-crime-of-aggression-jurisdiction-and-immunities>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023, en particular p. 8. Hemos de destacar que dicho Comité es un organismo dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

74 INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Commentary to the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, in: *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol. II, Part Two, Article 8, commentary 14, p. 30.

75 SCHARF, M. P., “Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression”, *Case Western Reserve University – School of Law*, 2012, pp. 35.

dicho ejercicio de jurisdicción en cuanto al crimen de agresión en Ucrania se imponen, frente a consideraciones jurídicas o teóricas.

B) LA INMUNIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES: ¿UN OBSTÁCULO INSALVABLE?

Si bien, en principio, los tribunales internos ucranianos podrían enjuiciar a los responsables del crimen de agresión contra su país, cabría plantearse qué posición tienen Ucrania y Rusia en relación con la inmunidad de los Jefes de Estado y Ministros, y si dicha posición tiene alguna influencia en el supuesto de intentos de enjuiciamiento de dichos altos cargos por tribunales internos.

Una cuestión importante es comprobar cómo operaría la inmunidad del Jefe de Estado, Putin, en relación con el enjuiciamiento de la agresión por parte de tribunales internos ucranianos. De hecho, conforme al artículo 91 de la Constitución de la Federación Rusa, el Presidente de la Federación Rusa goza de inmunidad⁷⁶. Así, si atendemos al Proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado presentado por la Relatora Especial, Concepción Escobar Hernández, vemos cómo los miembros de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU debatieron si el crimen de agresión debía incluirse en el proyecto de artículos mencionado⁷⁷. La razón principal estribaba en que, a juicio de algunos miembros, el enjuiciamiento a escala nacional de este crimen podría afectar a la igualdad soberana de los Estados, problema que no se plantea en el supuesto de enjuiciamiento ante un tribunal internacional⁷⁸.

Así, mientras la inmunidad *ratione personae* y *ratione materiae* no opera frente al enjuiciamiento de crímenes internacionales (incluido el crimen de agresión) por parte de tribunales internacionales⁷⁹, no podemos decir lo mismo respecto del enjuiciamiento de dichos crímenes (incluida la agresión) por parte de tribunales nacionales⁸⁰. De hecho, la inmunidad personal hace referencia tanto a actos públicos como privados en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, se supone que, al dejar el cargo, podrían ser juzgados ante tribunales nacionales por actos privados. El problema se plantea en relación con la agresión, que siempre va a ser un acto oficial, de modo que, en su definición, el elemento del acto estatal es el que atrae la responsabilidad penal internacional del individuo.

76 Ver la traducción de la Constitución Rusa al español en: el Proyecto de Constituciones Comparadas: https://www.constituteproject.org/constitution/Russia_2014.pdf?lang=es, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

77 UN, Comisión de Derecho Internacional, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», presentado por la Relatora Especial, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., UN Doc. A/CN.4/70, Anuario de la CDI, vol. II, Ginebra, 2016, párr. 122.

78 *Ibidem*.

79 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores: los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, n.º 55, Escuela Diplomática, Madrid, 2016.

80 *Ibidem*.

En cuanto a la inmunidad funcional o *ratione materiae*, hemos de destacar que, en el proyecto de artículos sobre Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se establecen una serie de excepciones a dicha inmunidad. De este modo, en su artículo 7, dedicado a los crímenes de Derecho Internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica, figuran los siguientes crímenes⁸¹: a) crimen de genocidio; b) crímenes de lesa humanidad; c) crímenes de guerra; d) crimen de apartheid; e) tortura; y f) desapariciones forzadas. La omisión clara es la referencia al crimen de agresión. Igualmente, cuando se especifica a qué convenios se hace referencia en dicho art. 7. 2, se menciona el Estatuto de Roma, pero sólo los artículos 7 y 8, referidos a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, sin que aparezca referencia alguna al art. 8bis en relación con la agresión.

Coincidimos con McDOUGALL⁸², cuando afirma que es obvio que los tribunales nacionales extranjeros no estarían en condiciones de enjuiciar a las personas que gozan de inmunidad personal, como es el caso del Presidente Putin. En cambio, es más difícil determinar cuál sería la aplicación de la inmunidad funcional al caso que nos ocupa de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario⁸³. Siendo más dificultosa dicha determinación, no cabe la menor duda de que es cuestionable que un tribunal nacional extranjero pudiera legalmente ejercer su jurisdicción sobre funcionarios del Estado por un crimen de agresión cometido como parte de un acto estatal⁸⁴.

En consecuencia, la inmunidad de Putin y del Presidente de Bielorrusia ante los tribunales nacionales ucranianos plantearía serios problemas, que serían de difícil solución. De este modo, se hace preciso articular un mecanismo judicial internacional ante el que dicho mandatario no pueda alegar eficazmente su inmunidad, y la única opción viable sería un tribunal internacional.

IV. ¿ES POSIBLE CREAR UN TRIBUNAL INTERNACIONAL *EX NOVO* PARA ENJUICIAR EL CRIMEN DE AGRESIÓN?

1. La legalidad y legitimidad de un tribunal internacional *ex novo* para la agresión

Examinada la imposibilidad de enjuiciamiento del crimen de agresión contra Ucrania por parte de la CPI y las dificultades de los procesos judiciales internos al respecto, se impone un análisis de si es posible crear un tribunal internacional específico para sustanciar la responsabilidad penal internacional mencionada. El establecimiento de un tribunal internacional *ex novo* habrá

81 UN, Comisión de Derecho Internacional, *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*. Textos y títulos del proyecto de artículos aprobados por el Comité de Redacción en primera lectura, UN Doc. A/CN. 4/L. 969, 31 de mayo de 2022.

82 McDOUGALL, C., “The Imperative of Prosecuting Crimes. . . *op. cit.*”, p. 216.

83 A estos efectos, es interesante la opinión del Advisory Committee on Public International Law, cuando afirma que: “The CAVV does not see the logic of distinguishing between the crime of aggression and other international crimes” (ADVISORY COMMITTEE ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *Challenges in prosecuting the crime of aggression: . . . , op. cit.*, p. 16). Hemos de destacar que dicho Comité es un organismo dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

84 McDOUGALL, C., “The Imperative of Prosecuting Crimes. . . *op. cit.*”, p. 216.

de adecuarse al Principio de legalidad⁸⁵, presente en el Derecho Internacional Penal, que presupone la existencia de una tipificación del crimen en cuestión, la agresión. Para BASSIOUNI⁸⁶, el principio *nullum crimen sine iure* incluye prohibiciones legales que surgen tanto del derecho convencional como consuetudinario. Dado que ya hemos estudiado la tipificación de la agresión a efectos de la competencia de la Corte Penal Internacional, habrá que comprobar si dicho crimen responde al Derecho Internacional convencional y consuetudinario vigente en el momento actual a efectos de la posible competencia de otro tribunal penal internacional.

En este sentido, constatamos que el crimen de agresión definido en el Estatuto de Roma, tras las enmiendas de Kampala, no hace sino recoger el Derecho Internacional consuetudinario en la materia. De hecho, el crimen de agresión fue enjuiciado por primera vez por los Aliados ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁸⁷. En efecto, la agresión fue el crimen central de la acusación en el juicio de Nuremberg, denominado entonces “crímenes contra la paz” en el Cargo 1 de la Acusación y de conspiración para cometer crímenes contra la paz en el Cargo 2⁸⁸. Dicho crimen también fue decisivo en los procesos sustanciados ante el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio)⁸⁹.

Con posterioridad, el 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad la Resolución 95(I), afirmando los principios del derecho internacional reconocidos en la Carta y el Sentencia de Nuremberg⁹⁰, también en relación con el crimen

85 LLEDÓ, R., “El principio de Legalidad en el Derecho Penal Internacional”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº11, octubre 2016-marzo 2017, pp. 246-263.

86 BASSIOUNI, M. Ch., *The Law of International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York, 1996, p.268.

87 El artículo 6 del Estatuto de Nuremberg disponía lo siguiente: “Artículo 6. El Tribunal creado por el acuerdo mencionado en el artículo 1 del presente Estatuto para el juicio y castigo de los principales criminales de guerra de los países del Eje europeo será competente para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los países del Eje europeo, a título individual o en carácter de miembros de organizaciones, hayan cometido alguno de los crímenes siguientes. Todos y cada uno de los actos siguientes son delitos sobre los que tiene competencia el Tribunal y entrañarán responsabilidad individual: a) Delitos contra la paz: A saber, planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos indicados; ... ” (Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 82, p. 279). Ver también: Juicio de los principales criminales de guerra ante el Tribunal Militar Internacional, Nuremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1º de octubre de 1946, publicado en Nuremberg, Alemania, 1947.

88 The United States of America, The French Republic, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics v. Goering et al., Indictment, International Military Tribunal, Trial of War Criminals, Counts 1 and 2 (Dept. of State Publication 2420, Washington, 1945), <http://digitalcollections.smu.edu/cdm/ref/collection/hgp/id/654>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

89 Indictment, International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), Harry S. Truman Library Museum, The War Crimes Trials at Nuremberg, World War II File, Indictment from the International Military Tribunal for the Far East | Harry S. Truman (trumanlibrary.gov).

90 Resolución 95 (I) de la Asamblea General. A petición de la Asamblea General, la Comisión del derecho internacional preparó los Principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en las sentencias de dicho Tribunal.

de agresión⁹¹. Coincidimos con CASSESE, cuando afirma que “esta aprobación y ese apoyo significaban que la comunidad mundial había puesto en marcha enérgicamente el proceso encaminado a convertir esos principios en principios generales de derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de toda la comunidad internacional”⁹².

Además, el crimen se incluyó en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional⁹³. Y, finalmente, logramos la tipificación en el propio Estatuto de Roma de la CPI, ya estudiada antes, que no hacía sino reflejar el Derecho consuetudinario existente hasta el momento.

En definitiva, existe un tipo penal claramente reconocido por el Derecho consuetudinario vigente en la materia, que comprendería el requisito de liderazgo, tal y como hemos examinado con anterioridad (II.2). Pero dicho requisito y su consolidación desde el punto de vista del Derecho consuetudinario se tambalea, en cierto modo, si consideramos que existe una norma consuetudinaria regional atinente a los Países del Este.

De hecho, algunos autores se preguntan si existe una norma consuetudinaria de carácter regional en relación con los países de Europa del Este que pudiera servir como fuente de determinación de la responsabilidad penal internacional del individuo por la comisión de ciertos crímenes internacionales como la agresión⁹⁴. En este sentido, no podemos olvidar que, a la luz del Principio de legalidad, se requiere un cierto nivel en la descripción del acto⁹⁵.

Pero incluso detectando la existencia de una norma consuetudinaria regional respecto del enjuiciamiento del crimen de agresión, la misma se adecúa más a los precedentes de Nuremberg que al Estatuto de Roma de la CPI. De hecho, comprobamos cómo en dichos países se ha procedido a criminalizar y enjuiciar el crimen de agresión sin requisitos tan estrictos en cuanto al

91 En el principio VI aparecen tres categorías de delitos previstos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal (delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad). Los delitos contra la paz están definidos en el principio VI a) como “planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i)” (*Ibidem*). En consecuencia, en el Principio VI se refleja la definición de crímenes contra la paz que figura en el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg, y que coincide con el crimen de agresión o el plan común o conspiración para la comisión del mismo.

92 CASSESE, A., *Afirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_s.pdf, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

93 Article 16, Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind (1996), Adopted by the International Law Commission at Its Forty-Eighth Session, in 1996, and Submitted to the General Assembly, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996). Sobre los trabajos de la CDI en torno a dicho Código de Crímenes, ver: https://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml.

94 GRZEBVK, P., “Crime of Aggression against Ukraine. The Role of Regional Customary Law”, *Journal of International Criminal Justice* (2023), pp. 1-25.

95 En esta misma línea, ver: DINSTEIN, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, 5th edn., CUP, 2012, en particular p. 140; CZAPLIN, W., “Customary International Law as a Basis of an Individual Criminal Responsibility”, in KRZAN, B. (ed.), *Prosecuting International Crimes: A Multidisciplinary Approach*, Brill, 2016, p. 53.

liderazgo, sancionando también a los responsables de preparación y la iniciación del mismo⁹⁶. De este modo, habrá que especificar de modo claro en el tribunal internacional que se cree a quiénes afectaría la responsabilidad penal internacional por el crimen de agresión en cuestión, si solo a aquellos que ostenten la condición de liderazgo o también a otros agentes implicados en la preparación y desencadenamiento de la agresión.

Aún con esta posible disonancia referida al carácter de la norma consuetudinaria (general o regional) que sirva de fundamento para la creación de un tribunal especial para la agresión, dicha norma queda demostrada. Recordemos que ya el Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 estimó, en su art.8, que el crimen de agresión sería el único de competencia exclusiva de un tribunal internacional, con la única excepción de que conocieran del mismo los tribunales del Estado que cometió la agresión y en relación con sus propios nacionales⁹⁷. La base jurídica para la determinación de la competencia de un posible tribunal internacional estaría, pues, asegurada por el propio Derecho consuetudinario.

Otra cuestión decisiva está en clara conexión con el Principio de legalidad y es la relativa al derecho a un juez predeterminado por la ley, también vigente en el Derecho Internacional Penal. En este sentido, puede arrojar algo de luz la reflexión en torno a las bases jurídicas de la creación de anteriores tribunales *ad hoc*, no establecidos para un crimen concreto, pero sí para varios crímenes en el seno de un solo conflicto. Habremos de tomar en consideración la decisión de la Sala de Apelación del Tribunal para la ex-Yugoslavia, de 2 de octubre de 1995, referente al Asunto Tadic⁹⁸. En la misma, se examina la conformidad del establecimiento del Tribunal a la norma del Tribunal preestablecido por la ley. La Sala de Apelación interpreta este requisito en el sentido de que el Tribunal había de reunir las garantías necesarias conforme a la ley, de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁹. En definitiva, dichas garantías deben guiar el establecimiento de un tribunal penal internacional pro-futuro, de cara al aseguramiento de la aplicación del Principio de legalidad.

96 GRZEBVK, P., “Crime of Aggression against...*op.cit.*”, p.24.

97 “Las disposiciones segunda y tercera del artículo 8 establecen un régimen jurisdiccional distinto para el crimen de agresión enunciado en el artículo 16. Ese régimen jurisdiccional dispone la competencia exclusiva de un tribunal penal internacional para el crimen de agresión, con la única excepción de la jurisdicción, sobre sus propios nacionales, del Estado que ha cometido la agresión” (Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones”, Docs. Of. A.G., 51º período de sesiones, Supp. N° 10 (N.U. Doc. A/51/10), p.30).

98 El 23 de junio de 1995, el Sr. Tadic, acusado por el Fiscal de haber asesinado, torturado y violado a varios prisioneros de la región de Prijedor en el año 1992, presentó una excepción preliminar de incompetencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. En dicha excepción preliminar, el defensor de Tadic sostiene, como primera alegación, la invalidez de la Resolución del Consejo de Seguridad para el establecimiento del Tribunal. La Sala de Enjuiciamiento denegó la excepción de la defensa y la sentencia fue recurrida ante la Sala de Apelación, cuya sentencia establece importantes elementos que pueden influir de cara al establecimiento de un tribunal penal internacional. En dicha sentencia, la Sala de Apelación establece el principio de la “competencia de la competencia” del propio tribunal (*The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case IT-94-1-AR 72).

99 *Ibidem*, párrs. 43-47.

Por otro lado, son varias las lecciones referentes a la legitimidad¹⁰⁰ que pueden extraerse de los Tribunales *ad hoc* anteriores, en aras a la constitución de un tribunal penal internacional sobre el crimen de agresión contra Ucrania. En primer lugar, estos Tribunales han demostrado que es precisa una amplia legitimación social que sustente el establecimiento de un tribunal *ex novo*, además de una fuerte determinación y de un gran apoyo administrativo por parte de la Organización de las Naciones Unidas. Otra lección, dado el escepticismo suscitado por la creación de los Tribunales *ad hoc* por el Consejo de Seguridad, será la necesidad de proceder al establecimiento de dicho tribunal mediante una opción diferente a una resolución de un órgano político de la ONU, asegurando un funcionamiento totalmente independiente.

En todo caso, y una vez constatada la existencia de los fundamentos legales precisos para el establecimiento de un tribunal internacional específico para el crimen de agresión en Ucrania, vamos a examinar algunas de las propuestas existentes hasta el momento, comprobando si se dan los elementos de legalidad y legitimidad necesarios.

2. Análisis de algunas propuestas de creación de un tribunal internacional *ex novo*

Sentadas las bases de la legalidad y legitimidad de un tribunal internacional para el crimen de agresión contra Ucrania, es necesario analizar algunas de las propuestas relativas al mismo. De este modo, el 30 de noviembre de 2022, la Comisión Europea¹⁰¹, en una acción inédita, hasta el momento, presentó diferentes opciones a los Estados miembros, con el fin de garantizar que Rusia respondiera de los crímenes cometidos en Ucrania. De estas propuestas, la más destacable en relación con la agresión es la manifestación de seguir apoyando a la Corte Penal Internacional, al tiempo que la Unión se dispone a trabajar, en conjunción con la Comunidad Internacional, para la creación de un tribunal internacional para dicho crimen. De este modo, la Unión Europea se une a una serie de voces que, desde el ámbito doctrinal¹⁰², se alzaban pidiendo un tribunal internacional para el crimen de agresión contra Ucrania.

Dicha propuesta, aún sin concretar, pasa por el establecimiento de un tribunal internacional *ad hoc* o un tribunal híbrido especializado, con el fin de investigar y enjuiciar a los principales responsables del crimen de agresión por parte de la Federación Rusa. La Comisión aclara que no se trata de dejar de lado la acción de la CPI, sino de proponer alternativas para que no se dé la impunidad en cuanto al crimen de agresión. A juicio de la Comisión, podría ser tanto un tribunal internacional especial independiente, cuya creación se base en un tratado multilateral; o un tribunal especializado integrado en un sistema de justicia nacional con jueces internacio-

100 TOMUSCHAT, Ch., “Efectividad y legitimidad del Derecho Internacional en el mundo contemporáneo”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM) 21 (2017), pp. 25-36, en particular p.33.

101 EUROPEAN COMMISSION – Press release. *Ukraine: Commission presents options to make sure that Russia pays for its crimes*, Brussels, 30 November 2022.

102 *Statement calling for the creation of a Special Tribunal for the punishment of the crime of aggression against Ukraine*, en <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

nales, al estilo de los tribunales mixtos o híbridos. En todo caso, la Unión Europea destaca la necesidad del apoyo firme de la ONU al respecto.

En este sentido, no cabe la menor duda de que el tipo de tribunal a elegir en relación con el crimen de agresión es ciertamente relevante¹⁰³, por los motivos antes apuntados y por otros que señalaremos a continuación. Una parte de la doctrina apuesta claramente por un tribunal internacional establecido por un tratado internacional con una serie de Estados parte¹⁰⁴. Otra por un tribunal internacional creado con la bendición de la Asamblea General de la ONU¹⁰⁵. Y, finalmente, otros consideran conveniente un tribunal híbrido, tal y como acabamos de mencionar, asentado fundamentalmente en la jurisdicción doméstica ucraniana¹⁰⁶.

Comenzando por las ventajas de la opción por un tribunal internacional frente al híbrido, varios autores, como KOMAROV y HATHAWAY¹⁰⁷, consideran que las razones son variadas, y algunas han sido apuntadas con anterioridad. En primer lugar, la prohibición expresa del art. 125 de la Constitución ucraniana de crear tribunales especiales o extraordinarios podría ir en contra de un tribunal mixto o internacionalizado. No obstante, ya hemos expuesto los motivos que avalan el hecho de que dicha prohibición sólo se refiera al ámbito interno ucraniano, y no al ámbito internacional. En segunda instancia, otro de los motivos antes señalados sería la incertidumbre a la hora de hacer frente a las inmunidades, en este caso a la de Putin como Jefe de Estado si dicho tribunal posee características más próximas a lo interno que a lo internacional. Este último argumento también se desmonta si estimamos que los tribunales híbridos no dejan de ser tribunales internacionales.

En este sentido, destacamos que el 31 de mayo de 2004, el Tribunal Especial para Sierra Leona desestimó una moción preliminar presentada por Charles Taylor¹⁰⁸, que había impugnado la legalidad del acta de acusación formal dictada por dicha instancia judicial, alegando que, en el momento de dictarla, él ocupaba la presidencia de Liberia y gozaba de inmunidad procesal en virtud de su condición de jefe de Estado. Dicho Tribunal Especial mantuvo, en todo momento, su carácter de tribunal internacional para justificar dicha decisión. De este modo, si consideramos que un tribunal híbrido para Ucrania sería un tribunal equivalente a un tribunal internacional, no se aplicaría la inmunidad *ratione personae* al mismo¹⁰⁹. Por lo tanto, este tribunal sí sería posible, desde la perspectiva de superar la inmunidad del Jefe de Estado.

103 *Ibidem*.

104 THE UKRAINE TASK FORCE OF THE GLOBAL ACCOUNTABILITY NETWORK, *Considerations for the Setting up of The Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression*, July 2022.

105 CORTEN, O; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression against Ukraine. ., *op. cit.*, pp. 14-18.

106 SCHARF, M., WILLIAMS, P. R., DUTTON, Y. & STERIO, M., ““The United States” Proposal on Prosecuting Russians for the Crime of Aggression Against Ukraine is a Step in the Right Direction”, *Just Security*, April 6, 2023, <https://www.justsecurity.org/85886/the-united-states-proposal-on-prosecuting-russians-for-the-crime-of-aggression-against-ukraine-is-a-step-in-the-right-direction/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

107 KOMAROV, A. & HATHAWAY, O. A., “The Best Path for...*op. cit.* pp. 3-4.

108 SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONA, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*—Case Number SCSL-2003-01-I—Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 de mayo de 2004, en particular párr. 53.

109 GOLDSTON, J. A. & KHALFAOUI, A., “In Evaluating Immunities before a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine, the Type of Tribunal Matters”, *Just Security*, February 1, 2023, <https://www.>

Si apostamos por un tribunal híbrido, las ventajas del mismo han sido puestas de relieve por algunos países occidentales¹¹⁰, como los EEUU¹¹¹. Las alegaciones al respecto eran que dicho modelo respondía a otros tribunales que ya han demostrado ser exitosos, como Camboya y Sierra Leona¹¹². Igualmente, se ha defendido la facilidad que dichos tribunales híbridos implican en aras a extender el apoyo internacional y regional, con el fin de hacer efectiva la responsabilidad por el crimen de agresión.

En un principio, a juicio del Presidente de Ucrania, cualquiera de los modelos antes señalados eran válidos, siempre que se consiguiera hacer efectiva la responsabilidad penal internacional por el crimen de agresión, y se contara con el respaldo de la Comunidad Internacional, particularmente de la ONU¹¹³. Consciente el Presidente ucraniano de la imposibilidad de lograr una resolución del Consejo de Seguridad al respecto, se ha mostrado partidario de conseguir una resolución de la Asamblea General de la ONU que avale la creación de un Tribunal Especial

justsecurity. org/84959/in-evaluating-immunities-before-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-the-type-of-tribunal-matters/, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

- 110 Es muy interesante la reflexión respecto de esta cuestión desarrollada por: LABUDA, P. I., “Countering Imperialism in International Law: Examining the Special Tribunal for Aggression Against Ukraine through a Post-colonial Eastern European Lens”, *Yale Journal of International Law*, 49, 2023, pp. 1-37.
- 111 Ambassador Van Schaack’s Remarks on the U. S. Proposal to Prosecute Russian Crimes of Aggression, March 27, 2023, en <https://www.state.gov/ambassador-van-schaacks-remarks/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.
- 112 En Timor Oriental, el Representante Especial o Administrador Transitorio en Timor Oriental, promulgó el Reglamento 2000/15, sobre el Establecimiento de Paneles con Jurisdicción Exclusiva sobre Crímenes Graves (UN Doc. S/RES/1272 (1999), de 25 de octubre. UNTAET/REG/2000/15, 6 June, *Regulation No 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences*). Esta norma creaba así unos paneles de jueces mixtos o internacionalizados que se insertaban en el Tribunal de Distrito y en el Tribunal de Apelación de Dili. Los Paneles Especiales pusieron fin a sus trabajos el 20 de mayo de 2005. En sus cinco años de funcionamiento, los Paneles Especiales llevaron a cabo 55 enjuiciamientos, con el resultado de 84 condenas y 3 absoluciones. La fuente de estos datos es U. C. Berkeley, War Crimes Studies Center, <http://socrates.berkeley.edu>. Por otro lado, en Camboya, también se crearon una serie de Salas Especiales inmersas en los Tribunales de este país, y que son el fruto de un prolongado proceso de negociación entre las Naciones Unidas y el Gobierno camboyano. Como fruto de este proceso, contamos con dos instrumentos normativos principales, uno de Derecho interno y otro de Derecho internacional. Por un lado, contamos con la Ley de establecimiento de las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya para el Enjuiciamiento de los Crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, aprobada en agosto de 2001 y enmendada en octubre de 2004 (*Law on the Establishment of Extraordinary Chambers*, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NK/RKM/1004/006), disponible en <http://www.cambodia.gov.kh/krt/>). Por otro, disponemos del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, firmado el 6 de junio de 2003 y ratificado por Camboya el 19 de octubre de 2004 (Ver: A/RES/57/228 B, de 22 de mayo de 2003, que contiene el Proyecto de Acuerdo posteriormente firmado por ambas partes). Las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya comenzaron a desempeñar sus funciones el 3 de julio de 2006 (Una síntesis de este proceso de construcción institucional puede encontrarse en *Anual Report on Achievements of the ECCC for 2006*, pp. 1-2, disponible en <http://www.eccc.gov.kh/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).
- 113 “President’s Office names possible models of special tribunal for Russian crime of aggression”, en *European Pravda* — Monday, 6 february 2023, en <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2023/02/6/7388212/> consultado el 13 de noviembre de 2023.

para el crimen de agresión contra Ucrania¹¹⁴. En los últimos tiempos, Zelensky se ha mostrado contrario a un tribunal híbrido¹¹⁵, escuchando las voces de quienes plantean las especiales dificultades que una instancia judicial de estas características reviste.

Con todo, la opción de un tribunal internacional, que no respondiera a las características de los híbridos, también plantea ciertos problemas, que deberíamos anticipar y ocasiona discrepancias al respecto¹¹⁶. Uno de los primeros argumentos en contra de un tribunal de estas características¹¹⁷ es su elevado coste, de modo que KELLER¹¹⁸ señala que sería mejor destinar ese dinero a la reconstrucción en Ucrania. Sin embargo, podemos asegurar que son muchos más caros los conflictos armados, a nivel económico y de perjuicios humanos y sociales. Igualmente, una verdadera reconstrucción del país y una consolidación de la paz postconflicto habría de pasar necesariamente por la impartición de justicia.

Otros alegan la duplicidad de esfuerzos que implica el establecimiento de un tribunal internacional, en relación con la tarea de la CPI y de otros tribunales nacionales. Sin embargo, sostenemos que, si bien dicho órgano judicial internacional y los tribunales nacionales enjuician a los responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, se puede invocar la especialidad del crimen de agresión. Al constituir un crimen de líderes, las connotaciones jurídicas y sociológicas de su enjuiciamiento, así como las repercusiones en pro de la paz y la justicia en Ucrania, son sustancialmente diferentes. Con un tribunal internacional para el crimen de agresión se enviaría un mensaje muy poderoso a Rusia y a otros potenciales Estados agresores, destacando que la Comunidad Internacional no va a tolerar la agresión¹¹⁹.

Además, contra los que consideran que la creación de un Tribunal internacional *ad hoc* para la agresión contra Ucrania constituiría un ejemplo claro de justicia selectiva, podemos contraargumentar sosteniendo que, dado que se trata del líder de uno de los países más poderosos del mundo, este argumento se derrumba. Sin embargo, los que señalan dicho carácter selectivo poseen poderosas razones, porque no se creó un tribunal de estas características cuando se co-

114 “Zelensky calls on UN General Assembly to approve resolution in support of special tribunal creation”, *European Pravda*-Friday, 3 March 2023, consultado el 13 de noviembre en <https://www.pravda.com.ua/eng/news/2023/03/3/7391931/>

115 A este respecto, el Presidente Zelensky señaló, en mayo de 2023, lo siguiente: “We will work without any hybrid formats, we will work on a specific tribunal to ensure accountability for their crimes, murders, and torture. We understand who gave the orders. These people must not be untouchable. This is very important for us, this is one of the fundamental issues” ([https://www.president.gov.ua/en/news/ukrayina-vistupaye-proti-gibridnih-formativ-tribunalu-shodo-82669#:~:text=%22We%20will%20work%20without%20any,issues%2C%22%20Volodymyr%20Zelensky%20said.](https://www.president.gov.ua/en/news/ukrayina-vistupaye-proti-gibridnih-formativ-tribunalu-shodo-82669#:~:text=%22We%20will%20work%20without%20any,issues%2C%22%20Volodymyr%20Zelensky%20said.,), consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

116 KELLER, K. J., “Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea”, *Opinio Iuris*, 7 March 2002, <http://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

117 KOMAROV, A. & HATHAWAY, O. A., “The Best Path for Accountability for the Crime of Aggression Under Ukrainian and International Law”, *Just Security*, April 11, 2022, en <https://www.justsecurity.org/81063/the-best-path-for-accountability-for-the-crime-of-aggression-under-ukrainian-and-international-law/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

118 KELLER, K. J., “Creating a Special Tribunal. ., *op. cit.*, p. 5.

119 *Ibidem*, p. 3.

metió agresión por parte de otros países. En particular, se cuestiona el papel de Reino Unido y EEUU como impulsores de este tribunal especial, cuando ellos realizaron la invasión a Iraq de 2003, al tiempo que ambos tuvieron gran influencia en la amputación del crimen de agresión en el Estatuto de Roma¹²⁰.

En definitiva, un tribunal especial para el crimen de agresión en Ucrania que enjuicie a los principales responsables del mismo, comenzando por Putin, es posible y deseable. Desde que ocurrió la invasión de Ucrania por Rusia, tal y como hemos visto, varias veces, precedidas por la de Philippe Sands, se han alzado pidiendo la creación de dicho tribunal especial para el crimen de agresión¹²¹. A continuación, se han desarrollado varios debates sobre cuál sería la base jurídica de su creación ideal, cuáles serían las condiciones para el ejercicio de su competencia, y cómo operaría la inmunidad del Jefe de Estado frente a dicho tribunal. En el siguiente epígrafe, nos vamos a ocupar de desgranar cuáles serían las características ideales de dicho tribunal de cara al ejercicio implacable de sus funciones para impedir la impunidad de este crimen de agresión.

V. LA PROPUESTA DE UN TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL CRIMEN DE AGRESIÓN EN UCRANIA: BASES LEGALES DE SU CREACIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

1. La base legal de su creación

Como primer apunte, podemos destacar que la cuestión relativa a la base jurídica de su creación es la que determina gran parte de las otras características del mencionado tribunal. Como ya hemos mencionado, y apoyándonos en la posición de la Unión Europea, lo que parece fuera de toda duda es la necesidad de obtener el apoyo de las Naciones Unidas. La imposibilidad de obtener dicho apoyo por parte del Consejo de Seguridad ha hecho que el debate girara en torno a la obtención de una resolución previa de la Asamblea General al respecto¹²².

Las importantes controversias que suscita esta opción comienzan con el mismo fundamento de la potestad de la Asamblea General para adoptar una resolución en este sentido, y que ya se plantearon en su momento respecto de la creación de la CPI. Para los detractores de esta potestad de la Asamblea General, la creación de órganos subsidiarios por ésta, en virtud del artículo 22 de la Carta de la ONU, está subordinada al ejercicio de las funciones de la Asamblea que en

120 CHEHTMAN, A., “¿Un tribunal especial para juzgar a Putin por la agresión contra Ucrania?“, en *Agenda Estado de Derecho*. 20/02/2023, en: <https://agendaestadoderecho.com/un-tribunal-especial-para-juzgar-a-putin-por-la-agresion-contra-ucrania/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

121 SANDS, P., “Putin’s use of military force is a crime of aggression”, *Financial Times* (28 February 2022), en “<https://www.ft.com/content/cbbdd146-4e36-42fb-95e1-50128506652c>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

122 TRAHAN, J., “U. N. General Assembly Should Recommend Creation Of Crime Of Aggression Tribunal For Ukraine: Nuremberg Is Not The Model”, *Just Security*, March 7, 2022, en <https://www.justsecurity.org/80545/u-n-general-assembly-should-recommend-creation-of-crime-of-aggression-tribunal-for-ukraine-nuremberg-is-not-the-model/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

ningún caso engloban el enjuiciamiento de individuos¹²³. En sentido contrario, quienes argumentan la capacidad de la Asamblea General para crear este tipo de órganos, recurren también al artículo 22 en combinación con el artículo 11 del mismo instrumento, concluyendo que la Asamblea General tiene responsabilidades en torno a la paz y seguridad internacionales y para este fin puede estimarse el establecimiento de un tribunal especial¹²⁴.

En este sentido, la Resolución *Unión Pro Paz*¹²⁵ nos proporciona un posible camino a seguir, y cabe destacar que, con gran esfuerzo, ya se han conseguido resoluciones condenando la agresión en Ucrania por parte de dicha Asamblea¹²⁶. Aunque dichas resoluciones no son de carácter obligatorio, coincidimos con CORTEN y KOUTROULIS¹²⁷, cuando afirman que una interpretación dinámica de la Carta de la ONU apoyaría la idea de que una resolución de la Asamblea General al estilo de la *Unión Pro Paz* podría crear un tribunal especial, con un estatus similar a los creados por el Consejo de Seguridad. Dicha creación posee ciertas ventajas, pero no estaría exenta de dificultades. Por un lado, dicho tribunal contaría con una gran legitimidad, al poseer

123 KRIEGER, D., “A Permanent International Criminal Court and the United Nations System”, en AL-NAUIMI, N. & MEESE, R. (eds.), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 1995, pp. pp. 768-770.

124 Como apoyo, se señala el precedente de la creación del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas y la correlativa Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia, que utilizó como base jurídica el artículo 22 de la Carta de las Naciones Unidas (UN, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo sexto período de sesiones”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1994, Vol. II, Segunda Parte, Capítulo II, párr. 52.). Se trata, sin embargo, de un ejemplo no aplicable al caso, ya que este Tribunal se instituye para cuestiones internas de la Organización, lo que encaja plenamente con las competencias generales de la Asamblea General, en tanto que el establecimiento de un órgano judicial penal internacional sobre esta base es más dudoso.

125 UN, General Assembly, Resolution 377 (V)-Uniting for Peace, UN Doc. A/RES/5/377, 3 November 1950. Sobre la utilización de una resolución de ese estilo, ver: JOHNSON, L. D., “United Nations Response Options to Russia’s Aggression: Opportunities and Rabbit Holes”, *Just Security*, March 1, 2022, en <https://www.justsecurity.org/80395/united-nations-response-options-to-russias-aggression-opportunities-and-rabbit-holes/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

126 El 2 de marzo de 2022, la Asamblea General adoptó una resolución titulada “Agresión contra Ucrania” en la que deplora en los términos más enérgicos la agresión de la Federación Rusia contra Ucrania en violación del Artículo 2. 4 de la Carta de la ONU (UN General Assembly, Resolution ES-11/1 on Aggression against Ukraine, UN Doc A/RES/ES-11/1, 18 March 2022). La resolución fue aprobada con 141 votos a favor, 5 en contra y 35 abstenciones. Ver: UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 1st plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 1, 28 February 2022; UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 2nd plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 2, 28 February 2022; UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 3rd plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 3, 1 March 2022; UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 4th plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 4, 1 March 2022; UN General Assembly, Aggression against Ukraine – Verbatim Record, 11th emergency special session: 5th plenary meeting, UN Doc A/ES-11/PV. 5, 2 March 2022. Para un análisis de dicha Resolución, ver: PEROTTI PINCIROLI, I., “La Asamblea General de Naciones Unidas condena la agresión de Rusia a Ucrania”, 3 de marzo de 2022, en *Acquiescencia*, <https://acquiescencia.net/2022/03/03/al-hilo-de-la-resolucion-de-la-asamblea-general-que-condena-la-invasion-de-rusia-a-ucrania-las-sesiones-extraordinarias-de-emergencia-y-la-resolucion-union-pro-paz/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

127 CORTEN, O; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression...”, *op. cit.*, pp. 15-16.

el aval del órgano plenario de la ONU¹²⁸. Por otro, no podemos dejar de destacar los posibles problemas relacionados con la inmunidad y con la obligación de cooperar con el tribunal de los miembros de la ONU, que derivarían del método de creación del tribunal.

En todo caso, la resolución de la Asamblea General de la ONU puede constituir un requisito previo, pero no único, a la creación de dicho tribunal. Así, siguiendo a GOLDSTON y KHALFAOUI¹²⁹ podríamos seguir varios modelos para el establecimiento de dicho tribunal especial¹³⁰: el primer modelo partiría de una resolución previa de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) que pidiera al Secretario General de la ONU concluir un acuerdo entre la ONU y Ucrania con el fin de crear el tribunal; o que solicitara a una organización regional, como la UE y/o el Consejo de Europa y Ucrania que celebraran un acuerdo con dicho fin (modelo de Asamblea General). El segundo prototipo sería un Modelo totalmente regional, sin dicha resolución de la ONU, a través del acuerdo de Ucrania con la Unión Europea y/o el Consejo de Europa; el tercero sería el Modelo Multilateral, a través de un tratado multilateral entre Ucrania y un buen número de Estados.

En este último modelo, el Modelo Multilateral, cobra especial relevancia el número de Estados involucrados y si son Estados miembros de la UE¹³¹, habida cuenta de los instrumentos tan significativos adoptados por esta Organización Internacional para la lucha contra la agresión, en particular el Equipo Conjunto de Investigación, la reforma del Reglamento de Eurojust¹³² y el propio Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión contra Ucrania. Dicho Centro será objeto de examen con posterioridad.

128 Sobre la legitimidad que implica el aval de la Comunidad Internacional en relación con la condena de la agresión rusa contra Ucrania, ver: GURMENDI, A., “Tracking State Reactions to Russia’s Invasion of Ukraine: A Resource for Research”, *Opinio Juris*, 4 March 2022, <http://opiniojuris.org/2022/03/04/tracking-state-reactions-to-russias-invasion-of-ukraine-a-resource-for-research/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

129 GOLDSTON, J. A. & KHALFAOUI, A., “In Evaluating Immunities. ., *op. cit.*

130 Dichos modelos están analizados profundamente en: CORTEN, O; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression against Ukraine. ., *op. cit.*, pp. 14-21.

131 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. ., *op. cit.*, p. 7.

132 La reforma del Reglamento de Eurojust se produjo el 30 de mayo de 2022, apenas tres meses después de la agresión de Rusia a Ucrania (Reglamento (UE) 2022/838 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727 en lo que respecta a la preservación, análisis y almacenamiento en Eurojust de pruebas relativas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones penales conexas, L148/1, *DOCE* 30. 5. 2022). Es de destacar que la modificación del Reglamento de Eurojust consolida la base jurídica existente para el tratamiento por parte de la Agencia de las pruebas sobre los crímenes internacionales más graves. Los dos cambios principales incluyen: 1) la creación de una base de datos de Eurojust para almacenar pruebas de crímenes internacionales; y 2) un nuevo mandato de Eurojust para analizar las pruebas almacenadas en la base de datos. Eurojust establecerá la base de datos donde se conservarán y almacenarán de forma segura las pruebas de los crímenes de guerra. Eurojust analizará las pruebas para establecer vínculos, identificar lagunas en la investigación y asesorar a los fiscales sobre el camino a seguir. Eurojust trabajará en estrecha colaboración con la Corte Penal Internacional, para que el análisis también pueda beneficiar su investigación, contando con la cooperación de los Estados interesados. No obstante, el acceso a la información estará siempre sujeto a la aprobación del país que la proporcionó (<https://www.eurojust.europa.eu/eurojust-and-the-war-in-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

Parece que la opción de lograr una resolución del Consejo de Seguridad o una de la Asamblea General de la ONU suficientemente habilitadora al respecto plantea algunas dificultades que hacen que Ucrania opte especialmente por lograr un tratado¹³³. La experiencia de los Tribunales mixtos o híbridos para Sierra Leona, Líbano o Camboya hacen posible que, previo acuerdo de la ONU con el país involucrado, Ucrania, se establezca un tribunal de estas características. No obstante, ya hemos señalado con anterioridad las dificultades que implica el establecimiento de un tribunal especial o extraordinario, esquivando la propia legislación ucraniana al respecto.

En referencia a la creación de un tribunal especial mediante un acuerdo entre Ucrania y el Consejo de Europa,¹³⁴ destacamos que ésta es una de las posibilidades a tomar en consideración, habida cuenta del papel tan activo que dicha Organización ha mostrado respecto de la agresión rusa contra Ucrania¹³⁵. Con todo, coincidimos con OWISO¹³⁶, cuando afirma que, en principio, el Consejo de Europa no tiene legitimidad para intervenir en Ucrania por iniciativa propia. De este modo, para evitar que se acentúe la problemática sobre la legitimidad de dicho tribunal, el mismo debería establecerse por invitación o a solicitud de Ucrania, un Estado miembro del Consejo de Europa. Sin duda, Ucrania puede ejercer esta prerrogativa soberana invitando formalmente al Consejo de Europa a colaborar en el establecimiento y funcionamiento de un tribunal. Existen los precedentes de los tribunales híbridos antes mencionados, en los que se produjo dicha petición de los Estados involucrados en relación con una Organización Internacional, la ONU.

La creación del tribunal en cuestión mediante un acuerdo entre Ucrania y la UE también es una cuestión delicada, a pesar de existir el precedente de las Salas Especiales de Kosovo, en cuyo establecimiento la Organización regional se involucró seriamente. No obstante, coincidimos con CORTEN y KOUTROULIS¹³⁷, cuando opinan que esta opción implicaría reducir enormemente el número de Estados implicados en dicho tribunal, al tiempo que la propia Unión apuesta por una vía con una multilateralidad más amplia¹³⁸.

Finalmente, la posibilidad de instituir el Tribunal Especial para el Crimen de Agresión contra Ucrania mediante un acuerdo limitado entre Ucrania y otros Estados podría nacer con los mis-

133 “President’s Office presented the project of a special tribunal on the crime of aggression against Ukraine to the ambassadors of 30 countries”, 26 September 2022, en <https://www.president.gov.ua/en/news/v-ofisi-prezidenta-poslam-30-derzhav-prezentuvali-proekt-spe-78025>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

134 COUNCIL OF EUROPE, *Accountability for human rights violations as a result of the aggression of The Russian Federation against Ukraine: role of the international community, including the Council of Europe*, Information Documents, SG/Inf(2023), 31 January 2023.

135 Parliamentary Assembly, Assembly debate on 15 March 2022 (3rd and 4th sittings) (see Doc. 15477, report of the Committee on Political Affairs and Democracy, rapporteur: Ms Ingjerd Schou). Text adopted by the Assembly on 15 March 2022 (4th sitting), en <https://pace.coe.int/en/files/29885/html>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

136 OWISO, O., “An Aggression Chamber for Ukraine Supported by the Council of Europe”, *Opinio Iuris*, 30 March 2022, en <http://opiniojuris.org/2022/03/30/an-aggression-chamber-for-ukraine-supported-by-the-council-of-europe/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

137 CORTEN, O. ; KOUTROULIS, V., “Tribunal for the crime of aggression against Ukraine. ., *op. cit.*, p. 19.

138 European Parliament, Resolution of 19 May 2022 on the fight against impunity for war crimes in Ukraine, P9_TA(2022)0218, 19 May 2022, párrs. 12-13.

mos inconvenientes que afectan al ejercicio de la jurisdicción nacional en cuanto al tema de las inmunidades de los cargos oficiales.

En definitiva, hay que ser muy delicado y preciso en la elección del método de establecimiento de dicho Tribunal Especial, ya que el mismo determina cuestiones básicas como las relativas a la aplicación o no de la legislación ucraniana, la oponibilidad o no de la inmunidad de los cargos oficiales, y la obligatoriedad o no de cooperación con dicho tribunal en la entrega de pruebas y sospechosos. En consecuencia, el aval de las Naciones Unidas o de un número de Estados suficientemente representativo de la Comunidad Internacional, sería absolutamente imprescindible de cara a la obtención de un tribunal legítimo y que pudiera desempeñar sus funciones con eficacia. En todo caso, la cuestión de qué número y qué Estados no es una respuesta fácil de dilucidar.

2. A vueltas con la inmunidad

Nos alineamos con ESCOBAR HERNÁNDEZ¹³⁹, BOLLO AROCENA¹⁴⁰, y FERNÁNDEZ ARRIBAS¹⁴¹, cuando afirman que todos los tribunales penales internacionales creados hasta el momento, cualquiera que sea el método de creación, recogen el no reconocimiento de la inmunidad o cargo oficial con el objeto de eximir de responsabilidad penal internacional. Podemos, así, concluir que no se reconocería la inmunidad de Putin como Jefe de Estado respecto de la Corte Penal Internacional o de cualquier otro tribunal internacional. En todo caso, sería conveniente que dicho tribunal internacional se pueda considerar exponente legítimo de la Comunidad Internacional, bien por haber sido creado por una Organización Internacional o porque el Tratado que ha servido base al mismo cuente con un número de Estados representativo¹⁴², tal y como acabamos de mencionar.

Como ya hemos mencionado, para los cargos oficiales, el Derecho Internacional consuetudinario establece dos tipos de inmunidad a efectos de la jurisdicción penal: la inmunidad *ratione personae* y la *ratione materiae*¹⁴³. En este sentido, la inmunidad de ninguno de estos dos tipos se opondría a la decisión de la Corte Penal Internacional de enjuiciar a una persona que os-

139 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores. . .”, *op. cit.*

140 BOLLO AROCENA, M.D., “La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de asuntos exteriores ante tribunales nacionales e internacionales”, en *Principios y justicia en el derecho internacional: libro homenaje al profesor Antonio Remiro Brotons* / coord. por MARTÍNEZ CAPDEVILA, C.; BLÁZQUEZ NAVARRO, I.; DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J. (ed. lit.), ESPÓSITO MASSICCI, C. (ed. lit.), IZQUIERDO SANS, C. (ed. lit.), TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. (ed. lit.), REMIRO BROTONS, A. (hom.), 2018, pp.365-372.

141 FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “Corte penal Internacional y crimen de agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71/2, julio-diciembre 2019, pp. 195-221.

142 *Ibidem*, p. 203.

143 Sobre esta diferenciación, es muy interesante la reflexión que articula: OLÁSULO, H., “La inmunidad de jurisdicción penal por crímenes internacionales de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, nº1, pp. 1-32.

tentara esa posición de liderazgo¹⁴⁴, o a la decisión de otro tipo de tribunal internacional. Por lo tanto, la cuestión decisiva estriba en establecer un tribunal verdaderamente internacional, frente al cual sea inoponible la inmunidad de Putin y de su cúpula política y militar¹⁴⁵.

La CPI ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la inoperancia de la inmunidad de los Jefes de Estado ante la propia Corte en el caso Al-Bashir¹⁴⁶. Contando con una diferencia sustancial,

144 Es interesante, en este sentido, la decisión del Tribunal Constitucional de Ucrania en relación con la ratificación por parte de Ucrania del Estatuto de Roma de la CPI y la compatibilidad de las disposiciones de dicho texto con la propia Constitución ucraniana. Así, la cláusula 2 del artículo 27 del Estatuto de Roma establece que las inmunidades y reglas especiales que puedan estar asociadas con la posición de una persona según el derecho nacional o internacional no impedirán que la Corte ejerza su jurisdicción sobre dicha persona. A juicio del Tribunal Constitucional, y en principio, el mencionado artículo del ER contradice alguna normativa interna ucraniana, en particular el art. 80. 1 y 3, art. 105. 1 y 3, y art. 126. 1 y 3 de la Constitución de dicho país. Dichas disposiciones garantizan la inviolabilidad de los diputados, el Presidente y los jueces ucranianos. Con el fin de resolver dicha contradicción, el Tribunal Constitucional de Ucrania parte de los principios y normas del Derecho Internacional generalmente reconocidos, como el “pacta sunt servanda” (art. 18 de la Constitución de Ucrania). Así, de conformidad con las obligaciones internacionales adquiridas por Ucrania por la ratificación de varios tratados internacionales, existe la obligación para dicho país de enjuiciar los crímenes internacionales, poniendo como ejemplo el crimen de genocidio. En consecuencia, los artículos del ER no anulan las disposiciones relativas a la inviolabilidad de ciertas personas de la Constitución ucraniana. Más bien, la inviolabilidad de estas personas se relaciona con el ejercicio de su jurisdicción por parte de los tribunales nacionales, pero no puede ser un obstáculo para el ejercicio de la competencia de la CPI. En consecuencia, la inviolabilidad de una determinada categoría de funcionarios está relacionada con el desempeño de importantes funciones estatales y, por lo tanto, de conformidad con la Constitución de Ucrania y las obligaciones jurídicas internacionales de Ucrania, no puede considerarse una garantía de su impunidad. La inviolabilidad sólo proporciona condiciones especiales para exigirles responsabilidad penal. Las personas que disfrutaban del derecho a la inviolabilidad pueden ser consideradas penalmente responsables según la ley nacional, que corresponde a las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, mediante el uso de mecanismos judiciales internos (nacionales). Además, según el principio de complementariedad, que es la base del Estatuto (artículo 17), la Corte Penal Internacional no acepta casos para su consideración, si la persona en cuestión ya ha sido condenada con el debido procedimiento legal por otro tribunal (incluido un nacional) por actos prohibidos por el Estatuto (artículo 20). En definitiva, el artículo 27 del Estatuto de Roma no contradice el art. 80. 1 y 3, el art. 105. 1 y el art. 12. 1 y 3. Sobre dicha decisión del Tribunal Constitucional y el itinerario seguido por Ucrania en relación con la Corte Penal Internacional, así como las referencias, en ocasiones confusas, sobre inmunidad e inviolabilidad, ver: <https://www.pgaction.org/ilhr/rome-statute/ukraine.html>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

145 EBOE-OSUJI, Ch., “The Absolute Clarity of International Legal Practice’s Rejection of Immunity Before International Criminal Courts”, *Just Security*, December 8, 2022, en <https://www.justsecurity.org/84416/the-absolute-clarity-of-international-legal-practices-rejection-of-immunity-before-international-criminal-courts/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023. Ver también: ADVISORY COMMITTEE ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW, *Challenges in prosecuting the crime of aggression:..., op. cit.*, pp. 12-14. Hemos de destacar que dicho Comité es un organismo dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos.

146 ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, 11 December 2017, Doc. ICC-02/05-01/09-309; ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir appeal*, 6 May 2019, Doc. ICC-02/05-01/09-397. Sobre los argumentos esgrimidos en ambas sentencias, ver: ABRISKETA URIARTE, J., “Al Bashir : ¿excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, Nº 1, 2016, pp. 19-47. Ver también: BOLLO AROCENA, M.D., “Corte Penal Internacional, remisión de situaciones por el Consejo de Seguridad e inmunidades jurisdiccionales. Re-

puesto que la situación de Ucrania no ha sido remitida por el Consejo de Seguridad ante la CPI como sí lo fue la de Sudán, coincidimos con ESCOBAR HERNÁNDEZ¹⁴⁷, cuando defiende la inoponibilidad de la inmunidad del Jefe de Estado, en este caso de Vladimir Putin, ante la Corte Penal Internacional.

Si antes hemos citado reiteradamente a la Comisión de Derecho Internacional para expresar nuestras dudas en torno a cómo opera la inmunidad funcional de los Jefes de Estado ante los tribunales nacionales, ahora utilizamos lo alegado por este mismo órgano para determinar la inoponibilidad de dicha inmunidad ante tribunales internacionales. Así, ya en las observaciones de la CDI de 1996 al proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, este órgano apostaba por dicha inaplicabilidad. De hecho, señalaba que la posición oficial de un individuo había sido sistemáticamente excluida como posible eximente de en relación con los crímenes de derecho internacional en todos los instrumentos internacionales adoptados desde el Estatuto del Tribunal de Nuremberg¹⁴⁸. En esta misma línea, coincidimos con EBOE¹⁴⁹ cuando afirma que “consistent exclusion of immunity is the very definition of customary international law”.

En consecuencia, la barrera infranqueable que suponía la inmunidad de los cargos oficiales frente a jurisdicciones nacionales resulta inoperante frente a instancias judiciales internacionales, lo que convierte esta opción en la aconsejable y posible, a efectos de juzgar el crimen de agresión, un crimen de líderes.

VI. EL CENTRO INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DEL CRIMEN DE AGRESIÓN CONTRA UCRANIA: UN PRIMER PASO HACIA EL TRIBUNAL DEFINITIVO

La imposibilidad de juzgar a través de la CPI el crimen de agresión no ha hecho sino resaltar el papel protagónico de la Unión al respecto. En este sentido, la UE ha liderado un movimiento sin precedentes para colaborar en el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en Ucrania y no podía estar de brazos cruzados frente a la impunidad para el crimen de agresión¹⁵⁰.

flexiones al hilo del caso Al Bashir”, en QUEL LÓPEZ, F. J. (Dir.); BOLLO AROCENA, M.D. (Coord.), *Intereses públicos, intereses privados, su defensa y colisión en el Derecho internacional*, Aranzadi, 2013, pp. 99-133.

147 Ver: ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: la Corte Penal Internacional», en GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *Crímenes internacionales y jurisdicción universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 252. Ver también: UN, Comisión de Derecho Internacional, Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado», presentado por la Relatora Especial, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., UN Doc. A/CN.4/70, Anuario de la CDI, vol. II, Ginebra, 2016, pp. 97-98.

148 INTERNATIONAL LAW COMMISSION, “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries (1996)” in the Yearbook of the International Law Commission (1996) vol II, Part 2, at p 27, commentary (4) to draft article 7.

149 EBOE-OSUJI, Ch., “The Absolute Clarity of International Legal. ., *op. cit.*, p. 4.

150 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_23_1363 consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

Con las opciones anteriormente mencionadas en mente respecto de la creación de un tribunal internacional para la agresión, se decidió ir dando pasos en ese sentido. De este modo, y haciendo hincapié en que el trabajo preparatorio de la Unión en relación con el tribunal especial debía comenzar cuanto antes, la Unión decidió centrarse en definir su marco de cooperación con Ucrania y así ayudar a las autoridades ucranianas e internacionales a obtener las pruebas que se podrán utilizar en el futuro tribunal especial¹⁵¹.

En particular, la UE optó por la creación de un Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión contra Ucrania (ICPA)¹⁵². Dicho Centro tiene como finalidad mejorar y apoyar las investigaciones referentes al crimen de agresión. Pero la creación de este organismo implicaba necesariamente una serie de medidas para adecuarse al mismo. Así, el 23 de marzo de 2023, los siete países miembros del Equipo Conjunto de Investigación (ECI) creado por la UE para facilitar las investigaciones sobre los crímenes cometidos en Ucrania¹⁵³, decidieron

151 Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2023, sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania (2022/3017(RSP)), en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_ES.html, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023, en particular párr. 8.

152 Dicho Centro fue anunciado por Ursula von der Leyen el 2 de febrero de 2023. Ver: https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/news/statement-president-von-der-leyen-joint-press-conference-ukrainian-president-zelensky-2023-02-02_en, consultado por última vez el 22 de agosto de 2023. Ver también: <https://www.eurojust.europa.eu/news/international-centre-prosecution-crime-aggression-made-official-united-justice-conference> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

153 Los Equipos Conjuntos de Investigación (ECIs) —o en inglés Joint Investigation Teams (JITs)— son grupos investigadores-operativos creados sobre la base de un acuerdo entre dos o más Estados Miembros de la Unión Europea u otras partes, con un objetivo específico y un periodo de vigencia limitado. El reconocimiento de Resoluciones Judiciales y, fundamentalmente, aquellas resoluciones previas al inicio de un procedimiento judicial penal constituyen la base de los mismos (QUESADA LÓPEZ, P. M., “Los equipos conjuntos de investigación penal en el derecho de la Unión Europea. Estatuto jurídico, obligaciones para los estados miembros y su adaptación al ordenamiento jurídico español”, en HERNÁNDEZ LÓPEZ, A.; LARO GONZÁLEZ, M. E.; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C. (coords.), *Proceso penal europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 377-414). Lo novedoso en el caso de Ucrania es la constitución de un equipo de estas características para la lucha contra el núcleo de graves crímenes internacionales y no transnacionales, y el hecho de contar con Estados miembros de la Unión, un tercer Estado y una Institución Internacional como es la Corte Penal Internacional a través de su Fiscalía. La necesaria cooperación de la UE con la CPI se ha intensificado propiciando la colaboración de Eurojust con el equipo de la Fiscalía de la Corte, a través de un Equipo Conjunto de Investigación (ECI), que involucra, en un primer momento, fuerzas policiales y judiciales de Polonia, Lituania y Ucrania (TORRES PÉREZ, M., “Eurojust, veinte años de compromiso por la cooperación judicial penal en Europa. el futuro de la agencia ante la guerra en Ucrania”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 44, diciembre 2022, pp. 1-17). En marzo de 2022, Eurojust ayudó a Lituania, Polonia y Ucrania a establecer un Equipo Conjunto de Investigación sobre graves crímenes internacionales presuntamente cometidos en Ucrania. La Oficina del Fiscal de la CPI firmó un acuerdo en abril para participar en este Equipo Conjunto de Investigación, siendo la primera vez que dicha Oficina se une a un equipo de estas características. En mayo de ese mismo año, Eslovaquia, Estonia y Letonia también se unieron al JIT. El 14 de abril de 2023, los siete miembros del ECI acordaron investigar no solo los presuntos crímenes de guerra, sino también los crímenes de genocidio cometidos en Ucrania, extendiendo el ámbito competencial del Equipo. Ver: Statement by ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC: “Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Investigation Team on international crimes committed in Ukraine”. Statement 25 April 2022, en <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint>,

modificar el acuerdo entre ellos con el fin de contemplar el papel futuro de este Centro en relación con la agresión.

Por su parte, la Fiscalía de la CPI, como participante en el ECI¹⁵⁴ mencionado, también se dispone a cooperar con dicho Centro Internacional, en el ámbito competencial de la CPI. Sería aconsejable la mayor interacción posible entre la Fiscalía y el Centro de cara a favorecer el éxito en la investigación sobre el crimen de agresión.

El 5 de julio de 2023 se creó el ICPA¹⁵⁵, con el apoyo de la Comisión. Dicho Centro está compuesto por fiscales nacionales seleccionados que ya participan en el Equipo Conjunto de Investigación. Del mismo modo, los expertos participantes podrán colaborar cada día, intercambiando pruebas rápidamente y acordando una estrategia común. Eurojust prestará apoyo operativo, jurídico, financiero y logístico. Dicho apoyo se concretará en ayuda respecto de la conservación, el almacenamiento y el análisis de pruebas. Igualmente, se prevé que los miembros del ICPA funcionen en Eurojust, de modo que cuenten con el apoyo de sus expertos jurídicos y analistas. Las pruebas obtenidas se conservarán de forma segura en la Base de Datos de Pruebas de Crímenes Internacionales de Especial Gravedad¹⁵⁶.

consultado por última vez el 8 de agosto de 2023. Ver también: <https://www.eurojust.europa.eu/eurojust-and-the-war-in-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

154 <https://www.eurojust.europa.eu/news/icc-participates-joint-investigation-team-supported-eurojust-alleged-core-international-crimes> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

155 La ICPA fue inaugurada por el presidente de Eurojust, Ladislav Hamran, el comisario europeo Didier Reynders, el fiscal general de Ucrania, Andriy Kostin, el fiscal de la CPI, Karim A. A. Khan, el Fiscal General Adjunto Kenneth A. Polite y la Ministra de Justicia de los Países Bajos, Sra. Dilan Yeşilgöz-Zegerius. Al mismo tiempo, se firmó un acuerdo de contribución con el Servicio de Instrumentos de Política Exterior de la Comisión Europea y se celebró la primera reunión de lanzamiento operativo del Centro. Ver: <https://www.eurojust.europa.eu/international-centre-for-the-prosecution-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023. Son muy significativas las declaraciones de la Presidenta Ursula von der Leyen al respecto: «La invasión rusa de Ucrania sigue acarreando horrores indescriptibles cada día. Las muy inquietantes noticias sobre ataques deliberados contra civiles, incluidos niños, se han convertido en un cruel recordatorio diario del baño de sangre que Putin ha impuesto de nuevo a nuestro continente. Se están acumulando pruebas de innumerables crímenes internacionales cometidos por Rusia. El nuevo centro internacional de enjuiciamiento desempeñará un papel clave a la hora de garantizar que los autores sean llevados ante la justicia, también por el crimen de agresión. No dejaremos hasta hacer rendir cuentas a Putin y sus esbirros» (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_23_1363, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

156 En consonancia con esta sensibilidad del Parlamento Europeo y con la propia reforma del Reglamento de Eurojust, es de destacar la puesta en marcha, el 23 de febrero de 2023, de la Base de Datos de Pruebas de Crímenes Internacionales de Especial Gravedad (CICED) (<https://www.eurojust.europa.eu/news/start-operations-core-international-crimes-evidence-database-and-new-international-centre> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

La base jurídica y política para la creación de esta Base de Datos se halla en la misma reforma del Reglamento de Eurojust de mayo de 2022. Con la misma se sientan las bases para CICED, que es una base de datos judicial centralizada y hecha a medida de Eurojust para preservar, almacenar y analizar pruebas de crímenes internacionales de forma segura. Conviene recordar que, tal y como hemos mencionado con anterioridad, desde 2018, Ucrania es uno de los Estados no miembros de la UE que poseen dicho Fiscal de Enlace en Eurojust.

El CICED consta de tres componentes: un método seguro de transmisión de datos digitales, almacenamiento seguro de datos y herramientas de análisis avanzadas. La base de datos también contiene un registro de

En consecuencia, la tarea del Centro, junto con el ECI, y el nuevo rol de Eurojust se revelan como factores decisivos para la preparación de futuros juicios, ya sea ante tribunales nacionales o internacionales. En dichos tribunales internacionales estaría incluido un posible tribunal para el crimen de agresión, o la Corte Penal Internacional (CPI) a efectos de los delitos de su competencia. Mientras tanto, prosiguen los debates sobre la posible creación de un Tribunal Especial para el crimen de agresión¹⁵⁷.

Destacamos que la actuación de la UE en relación con la agresión rusa de Ucrania resulta totalmente complementaria de la llevada a cabo por otras Organizaciones Internacionales al respecto. Así, el 17 de mayo de 2023, en la Cumbre del Consejo de Europa, se crea un Registro de daños para Ucrania como primer paso hacia un mecanismo internacional de compensación para las víctimas de la agresión rusa¹⁵⁸. El Registro de daños causados por la agresión de la Federación de Rusia contra Ucrania es una plataforma para la cooperación intergubernamental que actuará dentro del marco institucional del Consejo de Europa. Su función principal será servir de registro, en forma documental, de las pruebas e informaciones relativas a reclamaciones sobre daños, pérdidas o lesiones causadas, a partir del 24 de febrero de 2022, en el territorio de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas. Dicho Registro funcionará en coordinación con el Centro creado por la UE para el crimen de agresión y el resto de los mecanismos establecidos por dicha Organización regional¹⁵⁹.

información sobre quién presentó la prueba, así como el hecho y el tipo de delito al que se refiere (RIEHLE, C., “Eurojust: One Year of Judicial Support for Ukraine”, 5 May 2023, [https://eucrim.eu/news/eurojust-one-year-of-judicial-support-for-ukraine/#:~:text=On%202023%20February%202023%2C%20the,Database%20\(CICED\)%20began%20operation.](https://eucrim.eu/news/eurojust-one-year-of-judicial-support-for-ukraine/#:~:text=On%202023%20February%202023%2C%20the,Database%20(CICED)%20began%20operation.), consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023).

Su método de funcionamiento se basa en la transferencia segura de archivos a CICED por parte de las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros de la UE y los países con Fiscales de enlace en Eurojust, como Ucrania (<https://www.eurojust.europa.eu/core-international-crimes-evidence-database>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023). Sin embargo, la presentación de pruebas es voluntaria y la autoridad que las presenta mantiene el control de cómo se comparten las pruebas o la información sobre las mismas. Dichas pruebas pueden consistir, entre otras, en: videos, fotografías, grabaciones, imágenes de satélite, testimonios de testigos y víctimas, así como documentos forenses y médicos.

157 “The European Council took stock of efforts to establish a tribunal for the prosecution of the crime of aggression against Ukraine, including work done in the Core Group, and calls for the work to continue. The tribunal should enjoy the broadest cross-regional support and legitimacy”. (*European Council conclusions on Ukraine*, 03. 07. 2023, en https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/european-council-conclusions-ukraine_en?s=232, consultado por última vez 13 de noviembre de 2023).

158 Resolution CM/Res(2023)3 establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation against Ukraine (Adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2023 at the 1466th meeting of the Ministers’ Deputies). Ver: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/register-of-damage-for-ukraine>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

159 La misma Resolución que crea dicho Registro recuerda que cualquier Estado miembro u observador del Consejo de Europa y de la Unión Europea, así como cualquier otro Estado que haya votado a favor de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/ES-11/5 de 14 de noviembre de 2022 “Fomento del recurso y la reparación por la agresión contra Ucrania”, podrá unirse al Registro como Participante mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Igualmente, podrán unirse al Registro como Miembro Asociado mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Del mismo modo, se alienta a los Miembros Asociados a realizar contribuciones voluntarias al Registro de conformidad con el Artículo 10. Los Miembros Asociados podrán, en cualquier momento,

En conclusión, esta actuación conjunta de la UE junto con el Consejo de Europa, los propios tribunales nacionales y la CPI es de gran relevancia para conseguir un acceso eficaz a las pruebas y a los acusados por parte del tribunal internacional *ad hoc* a crear, llenando los huecos que posee el sistema jurídico internacional al respecto¹⁶⁰.

VII. CONCLUSIONES: HACIA UN TRIBUNAL ESPECIAL LEGÍTIMO Y EFICAZ, QUE NO DESLEGITIME A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Ante la situación de parálisis del Sistema de las Naciones Unidas y del propio Sistema de Justicia Penal Internacional, la única respuesta posible es la legalidad y la legitimidad. Una de las claves posibles es la legitimidad en las dos esferas jurídicas implicadas en la agresión contra Ucrania: legitimidad en la determinación de la acción del Estado y legitimidad en la determinación del acto del individuo. La consecución de dicha legitimidad en los dos ámbitos está, además, íntimamente relacionada. De esta manera, el enjuiciamiento en el ámbito de la responsabilidad penal internacional del individuo traería consigo el mensaje de que no está permitida la violación manifiesta de la Carta de la ONU por un Estado, Rusia, al utilizar la fuerza contra Ucrania. Las razones de la imposibilidad de acción de la Corte Penal Internacional respecto del crimen de agresión contra Ucrania ya han sido desgranadas anteriormente, pero ésta no es la única vía posible.

De todos modos, coincidimos con MC DOUGALL¹⁶¹ cuando afirma que, para que quede clarísimo que todas las vías para acudir ante la CPI han sido agotadas, sería deseable someter a votación una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU instando a la CPI a actuar. Obviamente, dicha votación fracasaría por el veto de Rusia como Miembro Permanente, pero, de este modo, queda cerrado completamente el camino ante la Corte, antes de crear un tribunal *ad hoc*.

Se abre, por tanto, la puerta a otra acción viable: el establecimiento de un Tribunal internacional para enjuiciar a los responsables del crimen de agresión contra Ucrania. La creación de un Tribunal *ex novo* debe responder a los parámetros de legalidad establecidos por el Derecho Internacional Penal. La legalidad queda perfectamente asegurada a la luz de la demostración de la existencia de un crimen de agresión en Ucrania, conforme a los estándares que nos proporciona el propio Derecho consuetudinario y el Estatuto de Roma de la CPI. En consecuencia, la creación de un Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los responsables individuales del crimen de agresión en Ucrania se adecuaría perfectamente al Principio de legalidad imperante en el Sistema de Justicia Penal Internacional, siempre y cuando se estableciera conforme a las garantías necesarias que impone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

convertirse en Participantes mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa (*Ibidem*).

160 KRESS, C.; HOBE, S. AND NUßBERGER, A., “The Ukraine War and the Crime of Aggression: How to Fill the Gaps in the International Legal System”, *Just Security*, January 23, 2023, en <https://www.justsecurity.org/84783/the-ukraine-war-and-the-crime-of-aggression-how-to-fill-the-gaps-in-the-international-legal-system/> consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

161 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. ., *op. cit.*, p. 9.

En este sentido, una acción legítima de la ONU podría servir de base para la creación de un Tribunal verdaderamente internacional. Ya que no podemos lograr la acción del Consejo de Seguridad, dicha operación vendría protagonizada por la Asamblea General de la ONU. En la consecución de dicha acción, sería una buena opción lograr persuadir al Sur Global¹⁶², reacio a condenar la acción del Kremlin y a participar en las sanciones económicas contra Rusia, para conseguir una resolución de la Asamblea General en línea con la *Unión Pro Paz*. Con posterioridad a esta resolución, se podría acudir a diferentes vías con el fin de establecimiento de este tribunal: bien el Acuerdo de Ucrania con la ONU, bien a través de un tratado internacional con un número significativo y representativo de Estados (incluido, por tanto, el Sur Global).

El posible papel de la UE y del Consejo de Europa al respecto está por definir, aunque puede existir un liderazgo de estos dos actores internacionales, en la línea de las medidas adoptadas por ellos hasta el momento. En todo caso, no podemos olvidar que las dos acciones legítimas mencionadas, resolución de la Asamblea General y un tratado internacional, han de servir para eludir la percepción de dicho tribunal internacional como un instrumento al servicio de los Estados Occidentales. Por esta razón, habremos de perfilar cuidadosamente cuál habría de ser la participación de dichas Organizaciones Internacionales en el enjuiciamiento del crimen de agresión contra Ucrania.

Este Tribunal internacional tendría que evitar conflictos con las normas constitucionales en cuestión. De este modo, y para evitar cualquier conflicto con la Constitución ucraniana, el acuerdo entre Ucrania y la ONU debería especificar que el nuevo Tribunal será internacional, no nacional ni híbrido con predominio del elemento nacional. Así, se evitarían conflictos con el mencionado artículo 125 de dicho texto constitucional, que prohíbe los tribunales especiales o extraordinarios¹⁶³.

En cuanto a la definición del crimen de agresión que recoja el Estatuto del Tribunal a crear, sería conveniente que se adecúe a la definición de agresión que contempla el art. 8bis del Estatuto de Roma¹⁶⁴. Si queremos lograr un Sistema de Justicia Penal Internacional que sea íntegro y coherente, hemos de velar porque no existan incoherencias que conlleven dudas de cara a la interpretación del Derecho Internacional consuetudinario en relación con el crimen de agresión. Más dudas plantea el requisito de liderazgo que, si bien forma parte del Derecho consuetudinario, encuentra una formulación diferente en los precedentes de Nuremberg y en el propio Estatuto de Roma.

Dicho Tribunal internacional podría enjuiciar a aquellas personas que, con el umbral de liderazgo establecido en el Estatuto de Roma, hayan cometido un crimen de agresión contra Ucrania. Serían claramente el Presidente de Rusia, Vladimir Putin, el Ministro de Asuntos Exterio-

162 Carl Preston OGLESBY, un activista político estadounidense, acuñó el término “Sur Global” en 1969, en un artículo sobre la guerra de Vietnam en el que sostenía que el “dominio del norte sobre el sur global ha producido un orden social intolerable”. Desde ese año se ha utilizado profusamente en el ámbito académico. Se refiere, principalmente, los países de África, América Latina, Oriente Medio y Asia en vías de desarrollo.

163 KOMAROV, A. & HATHAWAY, O. A., “The Best Path for...*op. cit.* p. 2.

164 McDOUGALL, C., “Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against. ., *op. cit.*, p. 9.

res, Serguéi Lavrov, y otros líderes militares rusos; igualmente, encajaría en la competencia material el enjuiciamiento de los dirigentes políticos y militares de Bielorrusia, como Estado facilitador de la agresión, más concretamente el Presidente de Bielorrusia, Alexander Lukashenko y otros líderes políticos y militares de dicho país. Esta determinación de la competencia personal se adecúa a los estándares del ER, al tiempo que está en consonancia con la postura de la Unión Europea al respecto¹⁶⁵. Sin embargo, queda en el aire si es posible la extensión de la responsabilidad penal internacional por el crimen de agresión a otros individuos que hayan participado en el planeamiento o desencadenamiento del mismo, conforme a unos estándares propios del Derecho consuetudinario general e, incluso, regional en la materia.

Una cuestión crucial sería la relativa a la inmunidad de los Jefes de Estado y Ministros en relación con el Tribunal Internacional a crear. Ésta ha sido resuelta afortunadamente por la propia Corte Penal Internacional en el caso Al Bashir así como por la Comisión de Derecho Internacional, de modo que queda claro la inoponibilidad de la inmunidad referida frente a los Tribunales internacionales, como sería el Tribunal a establecer para el crimen de agresión contra Ucrania. Un obstáculo más resulta salvado.

Otro aspecto importante es el relativo a la adecuada delimitación de la competencia material, personal y territorial de dicho tribunal *ad hoc*. Dicha competencia debería estar muy bien acotada¹⁶⁶, para evitar la deslegitimación de la Corte Penal Internacional y la labor desarrollada por ésta durante las últimas décadas. De hecho, en cuanto a competencia material y personal, es obvio que en algunos de los crímenes puede existir una confluencia en la persona de Putin, pero no en otros, ya que el Presidente ha cometido el crimen de agresión claramente, pero puede no haber cometido de modo directo ciertos crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Además, desde el punto de vista práctico, la delimitación competencial en relación con la CPI contribuiría, a su vez, a acotar el coste del mencionado tribunal internacional a crear. En este sentido, es de destacar que la existencia de múltiples pruebas disponibles en relación con el crimen de agresión va a ser de gran utilidad para el funcionamiento de dicho tribunal internacional, al igual que para la Corte Penal Internacional y su ejercicio de la competencia sobre otros crímenes internacionales. La sinergia entre ambas jurisdicciones se plantea como necesaria y conveniente, de modo que dicha cooperación mutua habrá de ser constante y proactiva.

Desde la perspectiva de la cooperación, los instrumentos propiciados por la Unión Europea pueden servir de gran ayuda para facilitar la interacción y la compartición de pruebas entre jurisdicciones internacionales y/o nacionales, ya que el Centro Internacional creado al respec-

165 Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2023, sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania (2022/3017(RSP)), en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_ES.html, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023, en particular párr. 7.

166 REISINGER CORACINI, A., “The Case for Creating a Special Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Against Ukraine (Part II). Jurisdiction and Composition”, *Just Security*, September 23, 2022, en <https://www.justsecurity.org/83201/tribunal-crime-of-aggression-part-two/>, consultado por última vez el 13 de noviembre de 2023.

to, y la participación en la investigación del Equipo Conjunto de Investigación y de la propia Eurojust puede ser decisiva.

Pero, incluso si no se lograra la adecuada cooperación entre Estados, dadas las reticencias de la Federación Rusa, está asegurado el enorme valor simbólico y disuasorio de una orden de detención contra Putin, en relación con el crimen de agresión, emitida por parte de un tribunal internacional. Ahora sólo queda esperar que la voluntad política de los Estados ceda frente a la erradicación de la impunidad en Ucrania respecto del crimen de agresión, el crimen matriz de todos los crímenes internacionales.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931: SIGNIFICATIVOS DESARROLLOS Y REFORZADOS COMPROMISOS INTERNACIONALISTAS, FINALMENTE EFÍMEROS

INTERNATIONAL LAW IN THE REPUBLICAN CONSTITUTION OF 1931: SIGNIFICANT DEVELOPMENTS AND STRENGTHENED INTERNATIONALIST COMMITMENTS, ULTIMATELY EPHEMERAL

XAVIER PONS RAFOLS*

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE ALGUNOS PRINCIPIOS EMERGENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. II. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El objeto de este estudio es el análisis específico de las disposiciones de la Constitución republicana de 1931 relacionadas con el Derecho Internacional. La Constitución republicana introdujo en aquel momento sustanciales innovaciones y desarrollos en las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno español y plasmó importantes compromisos internacionalistas de España, especialmente con la Sociedad de las Naciones y sus principios, que resultaron finalmente efímeros con la Guerra Civil y la derrota republicana. Estos elementos se reflejaban, especialmente, en las previsiones sobre la renuncia a la guerra y la limitación del uso de la fuerza, sobre la incorporación de las normas universales del Derecho Internacional y la recepción automática de los tratados internacionales y en un reiterado reconocimiento de la virtualidad y adhesión a la Sociedad de las Naciones.

ABSTRACT: *The purpose of this study is specifically to analyse the provisions of the 1931 Republican Constitution relating to International Law. At that time, the Republican Constitution introduced substantial innovations and developments in the relationship between International Law and Spanish domestic law, and embodied important internationalist commitments on the part of Spain, especially with regard to the League of Nations and its principles, which ultimately proved to be ephemeral because of the Spanish Civil War and the Republican defeat. These elements were reflected in particular in the provisions on the renunciation of war and the limitation of the use of force, the incorporation of the universal norms of international law and the automatic acceptance of international treaties, as well as in the repeated recognition of the virtues of and adherence to the League of Nations.*

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional – Segunda República española – Constitución española de 1931 – Renuncia a la guerra – Sociedad de las Naciones

KEYWORDS: *International Law – Second Spanish Republic – Spanish Constitution of 1931 – Renunciation of war – League of Nations*

Fecha de recepción del trabajo: 29 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 14 de noviembre de 2023.

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona. E-mail: xpons@ub.edu. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-0856-8947>. Todas las referencias y enlaces a páginas de internet han sido consultados el 3 de noviembre de 2023.

INTRODUCCIÓN

Este mes de diciembre de 2023 se cumplen noventa y dos años de la adopción de la Constitución republicana, de 9 de diciembre de 1931¹. Dentro de pocos años, por tanto, se conmemorará el centenario de la proclamación de la segunda República española el 14 de abril de 1931 y, unos meses después, el de la adopción de esta Constitución. Este centenario evocará una experiencia absolutamente transformadora e innovadora en una España atrasada en el contexto europeo —y políticamente anquilosada durante toda la época de la Restauración y la dictadura de Primo de Rivera—, y es de esperar que la conmemoración resulte altamente significativa. Con la actual perspectiva histórica, no hay ninguna duda de que el advenimiento de la segunda República comportó un profundo cambio de enfoque en relación con la vida política española, generando grandes e ilusionantes expectativas democratizadoras, frustradas finalmente por su corta duración. Se trató, ciertamente, de una experiencia idealista y esperanzadora que se rompió dramática y traumáticamente con la Guerra Civil y con la consiguiente dictadura franquista.

En este mismo sentido, el texto constitucional de 1931 constituyó también un gran salto adelante con profunda vocación transformadora, que se postulaba próximo a otros avances democráticos, en términos constitucionales, llevados a cabo en diversos países europeos en el período posterior a la Primera Guerra Mundial. De hecho, la Constitución de 1931 se inspiró, en gran medida, en el constitucionalismo europeo posterior a esta conflagración bélica y que tiene sus más reconocidos exponentes en la Constitución alemana de Weimar de 1919 y en la Constitución austríaca de 1920 por lo que se refiere, por ejemplo, al diseño del sistema parlamentario y de la justicia constitucional.

En este contexto, el objeto de este estudio es el análisis específico de las disposiciones de la Constitución de 1931 relacionadas con el Derecho Internacional². Representan, como intentaremos evidenciar en estas páginas, un importante salto cualitativo respecto de las anteriores constituciones españolas del siglo XIX y, sobre todo, estas disposiciones se contextualizan y explican también con la misma evolución y expansión del Derecho Internacional a lo largo

1 *Gaceta de Madrid*, Núm. 344, de 10 de diciembre de 1931.

2 Salvo excepciones [como PÉREZ GIL, L.V., “Análisis de los principios constitucionales y las competencias en las relaciones exteriores en la Constitución española de diciembre de 1931”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 63, septiembre-diciembre 2001, pp. 129-165; y GAMARRA, Y., “Los lenguajes del derecho internacional en la Constitución española de 1931”, en GAMARRA, Y., RASILLA, I. DE LA (eds.), *Historia del Pensamiento Iusinternacionalista Español del Siglo XX*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2012, pp. 185-228], la mayoría de comentaristas de estas disposiciones son contemporáneos a la Constitución de 1931, aunque algunos otros autores se han referido a ellas al realizar los primeros análisis de la presencia del Derecho Internacional en la Constitución de 1978, precisamente para subrayar el contraste con la Constitución republicana por lo que se refiere a los compromisos internacionalistas (vid., por ejemplo, entre muchos otros, JUSTE RUIZ, J., “El Derecho Internacional Público en la Constitución Española de 1978”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. IV, 1977/1978, pp. 15-51; MANGAS MARTÍN, A., “Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Núm. 61, 1980, pp.143-184; o RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., “Regulación de la actividad internacional del Estado en la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, Núm. 15, 1982, pp. 95-118).

de las primeras décadas del siglo XX³. En este sentido, en particular, la Constitución de 1931 introdujo significativas innovaciones y desarrollos en las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno y plasmó importantes compromisos internacionalistas de España, especialmente con la Sociedad de las Naciones y sus principios, que resultaron finalmente efímeros con la Guerra Civil y la derrota republicana⁴.

El gobierno provisional de la República surgió el 14 de abril, después de las elecciones municipales que implicaron el cambio de régimen en España y el exilio del rey Alfonso XIII, designó ya el 8 de mayo de 1931 una Comisión Jurídica Asesora con la finalidad de preparar los proyectos de ley sobre los que habría de deliberar la futura Asamblea Constituyente⁵. La Comisión, presidida por Angel Ossorio y Gallardo, cumplió parte de su cometido entregando un anteproyecto de texto constitucional⁶. No obstante, una vez celebradas el 28 de junio de 1931 las elecciones a Cortes Constituyentes se acordó constituir una Comisión de Constitución⁷ que, presidida por el socialista Luis Jiménez de Asúa, realizó también un rápido trabajo —en veinte días— y presentó un proyecto de constitución el 18 de agosto de 1931, en parte inspirado en el anteproyecto anterior⁸. Tras un intenso y relativamente rápido debate parlamentario, el 9 de diciembre de 1931 se aprobó definitivamente el nuevo texto constitucional⁹.

Se trata de un texto radicalmente distinto en comparación con la entonces vigente Constitución de 1876 —aunque la dictadura de Primo de Rivera ya hubiera implicado su derogación fáctica—, y que se estructuraba en nueve Títulos, 125 artículos y dos disposiciones transitorias. Algunos de los problemas centrales del intenso debate constitucional de 1931 condicionaron también los escasos años de vigencia de la República, como sucedió, fundamentalmente, con la cuestión catalana y la cuestión religiosa. En todo caso, a los exclusivos efectos que interesan en este estudio, las disposiciones constitucionales configuraban, como decimos, significativas innovaciones y reforzados compromisos internacionalistas, que llevaron a algunos autores a considerar que el respeto al orden internacional constituía “una de las máximas novedades”

3 Como dijeron Solé Tura y Aja, en su magistral síntesis de historia constitucional española de 1977, la Constitución de 1931 “pretendió —y en gran parte consiguió— ser reflejo de los avances político-jurídicos que se habían realizado tras la Primera Guerra Mundial” (SOLÉ TURA, J., AJA, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, ediciones Siglo XXI, Madrid 1977, p. 100).

4 Utilizo la expresión Sociedad de las Naciones ya que es la que utiliza el texto de la Constitución de 1931, pero también podría decirse en español Sociedad de Naciones (*League of Nations, Société des Nations*).

5 Como reza el preámbulo del Decreto de 8 de mayo de 1931, *Gaceta de Madrid*, Núm. 129, de 9 de mayo de 1931.

6 El texto fue entregado el 6 de julio de 1931. Vid. el “Anteproyecto de Constitución de la República Española que eleva al Gobierno la Comisión jurídica asesora” reproducido en JULIÁ, S., *La Constitución de 1931*, Colección Las Constituciones Españolas, Tomo VIII, Iustel, Madrid 2009, pp. 164-186.

7 En la sesión de 28 de julio de 1931, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (en adelante *DSCC*), Núm. 10, de 28 de julio de 1931.

8 *DSCC*, Núm. 22, de 18 de agosto de 1931, Apéndice 4.

9 Con 368 votos a favor y ningún voto en contra, al constatarse una minoría ausente (sobre un total de 466 diputados). A los resultados de la votación nominal registrada cabía añadir otros 17 diputados que no pudieron participar en la votación, pero que quisieron manifestar su voto favorable, como hizo constar en el Diario de Sesiones el presidente de las Cortes, Julián Besteiro Fernández (*DSCC*, Núm. 88, de 9 de diciembre de 1931).

de la nueva Constitución¹⁰. En este mismo sentido, la Constitución republicana, inspirándose también en la misma tradición jurídica española¹¹, subrayaba, asimismo, algunos de los avances realizados por la sociedad internacional durante las tres décadas transcurridas del siglo XX¹².

En efecto, los años posteriores a la Primera Guerra Mundial constituyen una innegable modernización del sistema internacional y configuraron el punto de partida del Derecho Internacional contemporáneo que, en gran medida, se vislumbró en el marco y bajo el impulso de la Sociedad de las Naciones. En esta modernización del sistema internacional surgieron principios e instituciones absolutamente novedosas y que se recogían fundamentalmente en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y en su completo sistema institucional. Es decir, no sólo en el Pacto y en la misma Sociedad de las Naciones —como primera Organización internacional de cooperación política de tipo moderno y con los principios que se recogían en su preámbulo y en su articulado sobre el uso de la fuerza y la solución pacífica de las controversias internacionales—, sino también en la labor y la misma existencia de la Organización Internacional del Trabajo y del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, creados en 1919 y 1920 respectivamente.

Todo este entramado jurídico e institucional influyó también en el texto de la Constitución republicana, que hizo del “internacionalismo” uno de sus rasgos característicos¹³. Así, de un lado, se expresó una tendencia política pacifista y una tendencia jurídica de supeditación del Derecho interno al Derecho internacional que resultaba “digna de aplauso”¹⁴; y, de otro lado, se incorporó un reforzado compromiso con el multilateralismo de aquel momento histórico, representado por la Sociedad de las Naciones¹⁵. Como es sabido, esta Sociedad de las Naciones se acordó en la Parte Primera del Tratado de Versalles adoptado en París el 28 de junio

-
- 10 Así se apunta, por ejemplo, en ORÚE ARREGUI, J.R. DE, “Preceptos internacionales en la Constitución de la República Española (9 de diciembre de 1931)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 81, Tomo 160, Núm. IV, 1932, p. 390. Mirkin-Guetzevitch también celebraba que la Constitución de 1931 representaba “an important innovation in the history of modern public law”, que, según sostenía, venía a confirmar las teorías por él expuestas [vid. MIRKINE-GUETZEVITCH, B., “The Spanish Constitution of 1931”, *New York University Law Quarterly Review*, Vol. XI, No. 1 (September 1933), p. 14].
- 11 Como indica Yolanda Gamarra, los preceptos internacionales de la Constitución republicana “encarnaban la continuación de los principios universales proclamados por la cultura jurídica española del siglo XVI” (vid. GAMARRA, Y., “Los lenguajes del derecho internacional en la Constitución ..”, *op. cit.*, p. 194).
- 12 Vid. HUDSON, M.O., “The Spanish Constitution of 1931”, *American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 3, 1932, p. 579.
- 13 Como subraya REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior del Estado*, editorial Tecnos, Madrid 1984, p. 12.
- 14 Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, L., “Las garantías constitucionales del Derecho internacional. (Con especial referencia a la Constitución Española)”, *Revista de Derecho Público*, Año II, Núm. 22 (1933), p. 306.
- 15 Como indica Yolanda Gamarra, “[L]a Sociedad de Naciones se convirtió, así, en el marco multilateral idóneo para lograr la plena inserción de España en Europa y en el mundo, dado que representaba el principal instrumento de la política de paz y el foro formal idóneo para incrementar el prestigio de la «nueva» España en el exterior” [vid. GAMARRA, Y., “Los lenguajes del derecho internacional en la Constitución ..”, *op. cit.*, pp. 198-204, así como, de la misma autora GAMARRA CHOPO, Y., “La ilusión española de la Sociedad de Naciones”, en GAMARRA CHOPO, Y., FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (eds.), *Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo. Estudios conmemorativos del Centenario de la Primera Guerra Mundial*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza 2015, p. 299, disponible en https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/35/22/_ebook.pdf].

de 1919¹⁶ y se inspiraba directamente en el impulso del presidente norteamericano Woodrow Wilson, que la había postulado en sus conocidos “Catorce Puntos”¹⁷. Aunque después, como también es conocido, los Estados Unidos se negaron a ratificar la adhesión al Pacto de la Sociedad de las Naciones.

España, que se había mantenido neutral durante la Primera Guerra Mundial, fue invitada a incorporarse a la Sociedad de las Naciones como miembro fundador junto a otros Estados neutrales, aunque se la situaba en una posición diferenciada respecto de los miembros originarios, que eran los beligerantes con los imperios centrales y firmantes del Tratado de Paz de Versalles¹⁸. Pese a ello, el artículo 4.1 del Pacto de la Sociedad de las Naciones se refería directamente a España al establecerse que, hasta la primera designación por parte de la Asamblea de la Sociedad, España sería uno de los Estados miembros del Consejo de la Sociedad, su órgano ejecutivo. En este sentido, se constataría en la Constitución de 1931 un fortalecido compromiso de España con la Sociedad de las Naciones pese —o quizás por ello mismo— el amago de retirada de España durante la dictadura de Primo de Rivera cuando, en 1926, con ocasión de la admisión de Alemania, España forzó por mantener su presencia en el Consejo de la Sociedad¹⁹.

Debe retenerse también, en este momento, que las disposiciones constitucionales sobre el Derecho Internacional finalmente aprobadas y objeto central de este estudio estaban ya enunciadas en su sentido fundamental en el proyecto de texto constitucional presentado por la Comisión de Constitución el 18 de agosto de 1931, y algunas de ellas, incluso, en el anteproyecto de constitución presentado por la Comisión Jurídica Asesora unas semanas antes. En este mismo orden de ideas, debe indicarse también en este momento que este estudio se centra exclusivamente en las disposiciones constitucionales que subrayaban esta característica de contraste y de renovación desde la perspectiva del Derecho Internacional Público y, en consecuencia, no nos ocupamos en particular de las disposiciones constitucionales sobre los aspectos relacionados con la nacionalidad y la extranjería o de la distribución de competencias en materia de relaciones internacionales. Igualmente, aunque las disposiciones constitucionales configuren

16 Vid., con motivo de su centenario, CASANOVAS Y LA ROSA, O., “En el centenario del Tratado de Versalles”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71(2019), 1, pp. 17-22.

17 Reproducidos en GREENVILLE, J.A.S, *The Major International treaties 1914-1973*, Meuthen & Co. Ltd., London 1974, p. 58.

18 Vid. el Real decreto relativo a la creación de una Comisión encargada de estudiar, desde el punto de vista de los intereses y conveniencias nacionales, la eventual constitución de una Sociedad de las Naciones y la participación de España en la misma, en su plena soberanía (*Gaceta de Madrid*, Núm. 344, de 10 de diciembre de 1918) y el Real Decreto autorizando al Ministro de Estado para presentar a las Cortes un proyecto de Ley facilitando al Gobierno para adherirse al Pacto de la Sociedad de las Naciones (*Gaceta de Madrid*, Núm. 212, de 31 de julio de 1919). La correspondiente Ley fue publicada en la *Gaceta de Madrid*, Núm. 228, de 16 de agosto de 1919. Vid., sobre todo ello, SOLÉ, G., “La incorporación de España a la Sociedad de Naciones”, *Hispania: Revista Española de Historia*, Vol. 36, Núm. 132, 1976, pp. 131-174; así como PÉREZ GIL, L.V., “El primer decenio de España en la Sociedad de Naciones (1919-1929)”, *Anales de la Facultad de Derecho Universidad de La Laguna*, Núm. 15, 1998, en particular pp. 193-199.

19 Vid., al respecto, el análisis de PÉREZ GIL, L.V., “El primer decenio de España ..”, *op. cit.*, en especial pp. 204-215.

sus principios inspiradores, tampoco se pretende llevar a cabo un análisis de la política exterior española durante el período republicano²⁰.

Por lo que se refiere a la presentación de este estudio, después de esta breve Introducción se ordena el trabajo en dos apartados sustantivos en los que se aborda, en primer lugar, la constitucionalización que se operó en 1931 de algunos principios generales del Derecho Internacional recién emergentes en el marco de la Sociedad de las Naciones (I). En segundo lugar, se analizan las previsiones constitucionales sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno y, en particular, la incorporación de las normas universales del Derecho Internacional (II). Esta original aproximación sistemática pretende resultar novedosa y aportar un claro valor añadido a otras aproximaciones doctrinales sobre esta misma materia²¹. Metodológicamente, además de la revisión doctrinal y la exégesis y análisis sistemático de las disposiciones constitucionales objeto de estudio, se utilizan también los trabajos preparatorios y los debates en las sesiones plenarias de las Cortes Constituyentes dedicadas a la aprobación de la Constitución republicana.

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE ALGUNOS PRINCIPIOS EMERGENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

En su preciso contexto histórico, la Constitución de 1931 recoge el compromiso de la República con algunos principios apenas emergentes del Derecho Internacional, impulsados en el marco de la Sociedad de las Naciones y que no cristalizarían plenamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial en la Carta de las Naciones Unidas y en la Organización creada por dicha Carta. A este respecto, vamos a ocuparnos ahora de las disposiciones constitucionales que se referían a la limitación del uso de la fuerza y la renuncia a la guerra (1), al fomento de la solución pacífica de las controversias internacionales (2) y, finalmente, a la promoción y protección internacional de los derechos humanos, en particular de los derechos sociales (3).

1 La limitación del uso de la fuerza y la renuncia a la guerra.

Una de las primeras disposiciones del texto constitucional —en el artículo 6 del Título Preliminar—, con una redacción contundente, establecía que “[E]spaña renuncia a la guerra como instrumento de política nacional”. Se trataba de una dicción que se conllevaba directamente con lo dispuesto en el Tratado de París sobre renuncia a la guerra (Pacto Briand-Kellogg) de 27 de agosto de 1928, al que España se había adherido el 7 de marzo de 1929 y que entró en

20 A lo que se dedican obras como, entre otras, las de EGIDO LEÓN, M.A., *La concepción de la política exterior española durante la 2ª República*, UNED, Madrid 1987 o PÉREZ GIL, L.V., *La Política exterior en el bienio republicano-socialista (1931-1933): idealismo, realismo y derecho internacional*, editorial Atelier, Barcelona 2004.

21 Así como corregir algún grave e inexplicable error de interpretación doctrinal (vid. *infra*, Nota 72).

vigor el 24 de julio de 1929²². El artículo 1 de este Tratado establecía que “[L]as Altas Partes contratantes declaran solemnemente, en nombre de sus pueblos respectivos, que condenan el recurso a la guerra para el arreglo de los desacuerdos internacionales y renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas”²³. La disposición constitucional calcaba en este sentido el Tratado de París y, además, resultaba absolutamente novedosa²⁴. Lo era, entre otros elementos, porque las otras constituciones en las que se inspiraba la Constitución republicana —principalmente la de Weimar y la austríaca— eran demasiado inmediatas al fin de la Primera Guerra Mundial y anteriores al Tratado de París y, por tanto, no podían recoger un planteamiento contrario a la guerra con la contundencia con la que lo hizo la Constitución española en aquel momento²⁵.

Durante el debate del proyecto de constitución se presentó una enmienda defendida por Antonio Royo Vilanova, de la Minoría Agraria, que pretendía directamente la eliminación del proyecto de artículo, así como la del artículo 7, al que nos referiremos más adelante. Básicamente, Royo Vilanova consideraba que se trataba de disposiciones innecesarias²⁶ e imposibles de cumplir ya que “las Constituciones deben contener preceptos eficaces y que obliguen sólo

-
- 22 Vid. un análisis detallado del proceso y de la invitación para que España se sumara al Pacto Briand-Kellogg, del que España no llegó a ser firmante original, en TAMAYO BARRENA, A.M., “España ante el Pacto Briand-Kellogg”, *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, Vol. 5, 1984, pp. 187-213. En la *Gaceta de Madrid*, Núm. 51, de 20 de febrero de 1929, se publicó un Real Decreto en el que se autorizaba al Gobierno español a proceder a la adhesión, que se formalizó el 7 de marzo de 1929. Sin embargo, el Tratado de París solo sería publicado en la *Gaceta de Madrid*, Núm. 241, de 29 de agosto de 1931, es decir, una vez proclamada la República y cuando, incluso, ya se había presentado el proyecto de constitución por la Comisión de Constitución.
- 23 Sobre el alcance y contenido del Pacto Briand-Kellogg vid., en general, BERMEJO, R., “El uso de la fuerza, la Sociedad de Naciones y el Pacto Briand-Kellogg”, en GAMARRA CHOPO, Y., FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (eds.), *Los orígenes del Derecho internacional contemporáneo .. op. cit.*, en especial pp. 231-240.
- 24 Para Mirkine-Guetzevitch “[T]he *vœux* of a modest theorist [refiriéndose a él mismo] have been realized for the first time in the Spanish Constitution” (vid. MIRKINE-GUETZEVITCH, B., “The Spanish Constitution ..”, *op. cit.*, p. 13). Como indica Yolanda Gamarra, la Constitución republicana fue, en este sentido, “the best-prepared legal pacifist product of the interwar period, offering an extraordinary mandate for the Spanish state to promote the value of international peace” (vid. GAMARRA, Y., “The neutrals and Spanish neutrality. A legal approach to international peace in constitutional texts”, en ABBENHUIS, M., BARBER, Ch.E., HIGGINS, A.R., (eds.), *War, Peace and International Order? The Legacies of the Hague Conferences of 1899 and 1907*, Routledge, London/New York 2017, p. 207).
- 25 De hecho, en relación con esta y otras disposiciones Hudson acababa subrayando que, atendiendo a la tendencia general a la imitación entre constituciones, “it is to be hoped that some of the provisions in the Spanish Constitution relating to international affairs will serve as a model for future constitutions of other countries” (HUDSON, M.O., “The Spanish Constitutions ..”, *op. cit.*, p. 582). Aunque parece que sólo la Constitución de Siam de 1932 siguió estas huellas en relación con la renuncia a la guerra (vid. REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior .., op. cit.*, p. 120-121). Vid. también, al respecto, la amplia panorámica de derecho constitucional comparado en relación con la protección de la paz realizada por PELLA, V., “La protection de la paix par le droit interne”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1933, No. 4, pp. 401-505; así como la de MIRKINE-GUETZEVITCH, B., “Droit International et Droit Constitutionnel”, *Recueil des Cours*, 1931.IV, pp. 311-465, en especial respecto de lo que en su obra denomina “Le droit interne de la paix”, en pp. 418-448, y respecto del artículo 6 de la Constitución republicana en pp. 427-429.
- 26 De hecho, Royo Vilanova decía que “en la Constitución no se debe poner ningún precepto de Derecho internacional, porque es tonto, inocente, cándido, antipatriótico que yo me comprometa a nada en relación con el extranjero” (*DSCC*, Núm. 41, de 18 de septiembre de 1931, p. 1027).

al pueblo de que van a ser carta fundamental, y que la guerra, como no depende de nosotros, de nuestra voluntad, no se puede regular por un precepto constitucional, que estimo que ha de ser completamente ineficaz”²⁷. Lo que no dejaba de resultar en parte cierto, ya que la previsión constitucional ni podía considerarse como estableciendo una obligación jurídica internacional para España ni podía, por tanto, considerarse tampoco exigible internacionalmente por parte de otro Estado. La encendida defensa tanto del proyecto de artículo 6 como del artículo 7 que llevó a cabo, en nombre de la Comisión de Constitución, el diputado Justo Villanueva Gómez, del Partido Republicano Radical, subrayando la relación dependiente entre una y otra disposición —artículos 6 y 7²⁸— condujo finamente a Royo Vilanova a retirar sus enmiendas.

En todo caso, la Comisión de Constitución concedió la eliminación de la palabra “solemne-mente”, entresacada del Pacto Briand-Kellog y que figuraba en el proyecto, excluyéndola así del texto finalmente adoptado del artículo 6 de la Constitución. Lo cierto es que el contenido de ambos artículos —el 6 y el 7— ya venía propuesto en un formato inicial en el anteproyecto de constitución presentado por la Comisión Jurídica Asesora, aunque en otras ubicaciones sistemáticas²⁹. Fue en la Comisión de Constitución donde se decidió proponer los dos artículos en el marco del Título Preliminar de la Constitución y subrayar, asimismo, su vinculación y relación dependiente³⁰.

Puede apuntarse, asimismo, que en su defensa de la propuesta de artículo 6, aceptado por “unanimidad absoluta” por la Comisión de Constitución³¹, Justo Villanueva aludió a la sugere-ncia de Salvador de Madariaga en la incorporación del proyecto de artículo. Algo que no resultaba nada desencaminado atendiendo a la trayectoria previa y posterior de Salvador de Madariaga y que éste confirmó en sus memorias³². Salvador de Madariaga era en aquel momento diputado por la Federación Republicana Gallega/Organización Republicana Gallega Autónoma y había sido alto funcionario de la Sociedad de las Naciones antes de ejercer como

27 *Ibid.*, p. 1029.

28 En la presentación del proyecto, el presidente de la Comisión de Constitución, Luis Jiménez de Asúa, se había limitado a indicar que “el título preliminar ha querido establecer principios” y que “el 6 y el 7 [los artículos 6 y 7] tienen envergadura internacional; en el 6 se declara el pacifismo de España, y en el 7 el valor de las normas internacionales” (*DSCC*, Núm. 28, de 27 de agosto de 1931, p. 644).

29 En el anteproyecto, el que finalmente sería artículo 6 se correspondía de alguna manera con el artículo 61, ubicado dentro del título referido al Presidente de la República, aunque con una formulación distinta, como enseguida referiremos; y el que sería artículo 7 se correspondía al artículo 45, ubicado dentro del título referido al Parlamento.

30 Vid. el rápido comentario a estas disposiciones del Título Preliminar en DÍAZ REVORIO, F.J., “Las Disposiciones Generales (Título Preliminar, arts. 1-7)”, en OLIVER ARAUJO, J.; RUIZ ROBLEDO, A. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2021, pp. 88-90, disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2022-07/a-938-comentarios-ce31-final.pdf>.

31 El diputado Justo Villanueva Gómez subrayaba al respecto, haciendo énfasis, que esta propuesta de artículo “ha sido quizá de los pocos artículos que se han aceptado por unanimidad absoluta” (vid. su intervención en *DSCC*, Núm. 41, de 18 de septiembre de 1931, p. 1030).

32 En las escasas referencias en sus Memorias dedica a su actividad como diputado en las Cortes Constituyentes, Salvador de Madariaga asume la paternidad del que sería artículo 6 de la Constitución, reconociendo asimismo que era mejor otra versión del texto propuesta por Pablo de Azcárate [MADARIAGA, S. DE, *Memorias (1921-1936). Amanecer sin mediodía*, ed. Espasa-Calpe, Madrid 1974, pp. 264-265].

profesor universitario en Oxford. Había sido también designado por el gobierno republicano como embajador de la República en Washington en 1931 y en 1932 lo sería en París, ejerciendo *de facto*, casi siempre, salvo alguna interrupción, como jefe de la delegación española ante la Sociedad de las Naciones³³.

A esta previsión general de auténtico compromiso político y jurídico con unas relaciones internacionales pacíficas, se añadían otras dos disposiciones relacionadas con la guerra y con su declaración, que la complementaban estrechamente³⁴. En efecto, los artículos 76 y 77 de la Constitución republicana regulaban las condiciones en las que se podía declarar la guerra, porque lo que hacía el artículo 6 era renunciar a la misma como instrumento de política nacional —lo que sería una guerra de agresión—, y no estrictamente colocar la guerra fuera de la legalidad interna. En este sentido, en el artículo 76, apartado a), se establecía que la declaración de la guerra —y la firma de la paz— eran competencia del Presidente de la República, que se ejercería conforme a los requisitos del artículo siguiente. El artículo 77 establecía, por tanto, estos requisitos, que deben entenderse como de índole acumulativa.

De entrada, en el primer párrafo de este artículo 77 se establecía, de un lado, que no se podía firmar declaración de guerra alguna “sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones”³⁵; y, de otro lado, se disponía que, en su caso, ello sería “sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de que España fuera parte, registrados en la Sociedad de las Naciones”. Es decir, se deducía claramente de la disposición constitucional que sólo se admitía la hipótesis de una guerra que no fuera una guerra imperialista o de agresión, es decir, que fuera una guerra legal internacionalmente o, en

33 Vid. QUINTANA NAVARRO, F., “Salvador de Madariaga, diplomático en Ginebra (1931-1936). La película de la política exterior de la II República”, *Historia Contemporánea*, Núm. 15, 1996, p. 111.

34 Más incidentalmente a nuestros efectos, debe también indicarse que el artículo 14, en su apartado 3 establecía que eran de la exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa, entre otras, de las materias “declaración de guerra; Tratados de paz”. Se trataba de una disposición de distribución competencial en el contexto de la organización nacional —que establecía el Título Primero de la Constitución de 1931— de un Estado integrado por “municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía” (artículo 8). Unas autonomías que, como disponía el artículo 11 de la Constitución, podían recabar para sí, mediante su Estatuto, las atribuciones que se determinaban en diversos artículos de la Constitución, particularmente en el artículo 15 que las recogía de manera general. En definitiva, debe subrayarse que, aunque España renunciaba a la guerra como instrumento de política nacional, si hubiera que formularse una declaración de guerra, ésta hubiera sido una competencia que, obviamente, correspondería, de manera exclusiva, al Estado. El apartado 3 del artículo 14 era más extenso y señalaba como competencia exclusiva del Estado español la legislación y la ejecución directa de la materia “Representación diplomática y consular y, en general, la del Estado en el exterior; declaración de guerra; Tratados de paz; régimen de Colonias y Protectorado, y toda clase de relaciones internacionales”. Además, también se recogían como competencias exclusivas del Estado las materias “Ejército, Marina de guerra y Defensa nacional” (apartado 7), “Régimen arancelario, Tratados de Comercio, Aduanas y libre circulación de mercancías” (apartado 8), “Régimen de extradición” (apartado 10) y “Policía de fronteras, inmigración, emigración y extranjería” (apartado 16).

35 Es decir, en su caso, tras la oportuna calificación bien por el Consejo, bien por la Asamblea de la Sociedad (vid. GAMARRA, Y., “Los lenguajes del derecho internacional en la Constitución ..”, *op. cit.*, pp. 206-208).

la fórmula utilizada en el anteproyecto de constitución por la Comisión Jurídica Asesora, una “guerra justa”³⁶.

Como subrayó Niceto Alcalá-Zamora en el debate parlamentario, este artículo 77 era “la reglamentación constitucional, pero reglamentación al fin, de la renuncia a la guerra como instrumento de dominación y de poderío político; pero, evidentemente, a la guerra ofensiva, más no significa la necesidad de estar cruzados de brazos frente a una agresión”³⁷. En definitiva, se formulaba una evidente “diferenciación entre guerra ofensiva y defensiva”, perfectamente salvada en el texto constitucional³⁸, que se debía vincular también con lo que disponía el apartado d) del mismo artículo 76 al regularse la competencia del Presidente de la República para “[O]rdenar las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación, dando inmediata cuenta a las Cortes”.

Claramente, por tanto, se evidenciaba un compromiso de España con el rechazo a la guerra que se vinculaba a los parámetros del Pacto de la Sociedad de las Naciones y del Pacto Briand-Kellogg³⁹, y que tendría continuidad, por ejemplo, con la ratificación, en 1934, del Tratado antibélico de no-agresión y de conciliación (Pacto Saavedra-Lamas), suscrito en Río de Janeiro el 10 de octubre de 1933⁴⁰. En este sentido, los artículos 6 y 7 pueden entenderse también, en general, como una muestra evidente del respeto de la Constitución republicana “hacia la institución pacificadora”, que era la Sociedad de las Naciones⁴¹. En efecto, el Pacto de la Sociedad de las Naciones preveía al respecto en su artículo 12 —uno de sus postulados esenciales, junto al artículo 11— que “[L]os miembros de la Liga convienen en que, si se produjera entre ellos alguna divergencia que pudiese conducir a una ruptura, someterán el asunto al arbitraje o a la encuesta del Consejo; conviniendo en no recurrir en caso alguno a la guerra antes de los tres meses de haberse producido el fallo por los árbitros o el informe por el Consejo”, procedimiento que complementaban los artículos siguientes del Pacto vinculados a los procedimientos de arreglo pacífico de las controversias⁴². Esta prohibición temporal del recurso a la fuerza constituyó una etapa más en la futura prohibición general del uso de la fuerza que se recogería en la Carta de las Naciones Unidas en 1945.

36 Así lo subrayaba el texto del artículo 61 del anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora cuando preveía que “[E]l Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en los casos de *guerra justa*, previstos en los Convenios internacionales y solemnemente ratificados por España y registrados en la Sociedad de las Naciones, que consideran la guerra fuera de ley; sólo después de agotadas las medidas defensivas que no tengan carácter bélico y de sometido el conflicto al procedimiento de conciliación arbitral establecido en dichos Convenios” (la cursiva es nuestra).

37 Vid. su intervención en el *DSCC*, Núm. 67, de 3 de noviembre de 1931, p. 2095.

38 Vid., en este sentido, la intervención de Clara Campoamor, en nombre de la Comisión de Constitución, en *ibidem*. En esta misma sesión, Salvador de Madariaga se explayó en las disposiciones al respecto del Pacto de la Sociedad de las Naciones (los artículos 11 y siguientes) y del Pacto de París (*ibidem*, pp. 2095-2096).

39 Como indicaba Mirkin-Guetzevitch, “[F]or the first time in the constitutional history of the modern world, a government has put its constitutional text in complete harmony with the League of Nations Covenant and with the Briand-Kellogg Pact” (vid. MIRKIN-GUETZEVITCH, B., “The Spanish Constitution ..”, *op. cit.*, p. 13).

40 Vid. la ley de ratificación y el texto de este tratado en la *Gaceta de Madrid*, Núm. 350, de 16 de diciembre de 1934.

41 Vid. ORÚE ARREGUI, J.R. DE, “Preceptos internacionales en la Constitución ..”, *op. cit.*, p. 402.

42 Vid., de manera general, sobre estas disposiciones, y entre muchos otros, BERMEJO, R., “El uso de la fuerza, la Sociedad de Naciones ..”, *op. cit.*, en especial pp. 221-223.

Resulta, por tanto, que, para una hipotética declaración de guerra, de conformidad con el artículo 77 de la Constitución —cuyo estudio completaremos inmediatamente— había de seguirse un complejo sistema en el que debían cumplirse diversos requisitos acumulativos. Un primer requisito, como acabamos de indicar, en relación con el cumplimiento de las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y, por tanto, la incipiente legalidad internacional al respecto⁴³. Otros requisitos giraban en torno a los procedimientos de arreglo pacífico de controversias, a los que se referían los párrafos primero y segundo del artículo 77, que analizaremos enseguida. Finalmente, un último requisito se establecía en el párrafo tercero del artículo 77 en el sentido de que “[C]umplidos los anteriores requisitos, el Presidente de la República habrá de estar autorizado por una ley para firmar la declaración de guerra”. En otras palabras, sólo la autorización de las Cortes permitía, en última instancia, esta hipotética declaración de guerra, lo que dejaba la competencia del Presidente de la República en términos meramente formales o residuales, de simple firma de la declaración de guerra⁴⁴. En lo que a nosotros interesa debe subrayarse ahora que estos requisitos, salvo este último que era de Derecho interno, encajaban plenamente con las nuevas disposiciones internacionales y con los principios que emanaban del Pacto de la Sociedad de las Naciones⁴⁵. En este sentido, como indica García Fernández, “la declaración de guerra, regulada en el artículo 77, es una institución que satisface por igual a las exigencias del Derecho internacional de su tiempo y al Derecho interno del Estado democrático, es decir, es una institución bifronte que se proyecta sobre ambos campos con igual eficacia”⁴⁶.

2. El fomento del arreglo pacífico de las controversias internacionales.

Como hemos visto, antes de una hipotética declaración de guerra que debería formularse de acuerdo con las condiciones del Pacto de la Sociedad de las Naciones, la Constitución republicana privilegiaba el agotamiento de “los medios defensivos que no tengan carácter bélico”, es decir, priorizaba la solución de cualquier controversia internacional por medios pacíficos,

43 Vid., en este sentido, el análisis que efectúa al respecto GAMARRA CHOPO, Y., “La ilusión española de la Sociedad ..”, *op. cit.*, en pp. 302-305. Esta restricción internacional a una hipotética declaración de guerra contrasta claramente con lo dispuesto en el artículo 63.3 de la actual Constitución española de 1978, que prevé simplemente que “[A]l Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz”, obviando en esta sede cualquier referencia a la legalidad internacional al respecto.

44 Vid. ORÚE ARREGUI, J.R. DE, “Preceptos internacionales en la Constitución ..”, *op. cit.*, p. 405. De otro lado, tal como declaró Clara Campoamor, en nombre de la Comisión de Constitución y respondiendo a las inquietudes de Niceto Alcalá-Zamora, se debía entender que, como no hay “nada más político, evidentemente, que los Tratados de paz”, en su caso “firmar la paz” por parte del Presidente de la República también requeriría la aprobación de las Cortes, tal como se establecía en el artículo 75, apartado e), segundo párrafo, al que nos referiremos más adelante (vid. la intervención de la diputada Clara Campoamor en el *DSCC*, Núm. 67, de 3 de noviembre de 1931, p. 2093).

45 Esta restricción internacional a una hipotética declaración de guerra contrasta claramente con lo dispuesto en el artículo 63.3 de la actual Constitución española de 1978, que prevé simplemente que “[A]l Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz”, obviando en esta sede cualquier referencia a la legalidad internacional al respecto.

46 Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, J., “La legislación militar”, en OLIVER ARAUJO, J.; RUIZ ROBLEDO, A. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 ..*, *op. cit.*, p. 471.

en línea también con lo establecido en el Pacto de la Sociedad de las Naciones. Esto se acompañaba, asimismo, con una referencia directa al previo agotamiento de los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de los que España fuera parte y registrados en la Sociedad de las Naciones y que, en gran medida, eran continuación de los avances y resultados de las Conferencias de La Haya de 1899 y de 1907⁴⁷. En ambos casos, todo esto concordaba, además, plenamente, no sólo con la posición de España como miembro de la Sociedad de las Naciones, sino, de manera especial, de un lado, con su posición como Estado parte en el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional⁴⁸ y, particularmente, como firmante de la cláusula facultativa del artículo 36 del citado Estatuto, lo que se llevó a cabo el 21 de septiembre de 1928⁴⁹; y, de otro lado, con su adhesión al Acta General sobre Conciliación y Arbitraje firmada en Ginebra el 26 de setiembre de 1928, que se produjo el 18 de septiembre de 1930⁵⁰.

Además, este mismo artículo 77 de la Constitución se refería también, en su segundo párrafo, a la vinculación de España con otros países “por Tratados particulares de conciliación y arbitraje”, en cuyo caso deberían agotarse igualmente de manera previa los procedimientos establecidos en estos otros Tratados, que se aplicarían en todo lo que no contradijeran a los anteriores, denominados en este segundo párrafo como “Convenios generales”⁵¹. Es decir, de un lado, antes de una declaración de guerra debían agotarse previamente los procedimientos establecidos en unos Convenios internacionales debidamente registrados en la Sociedad de las Naciones, como establecía el párrafo primero, y reconocidos como “Convenios generales” en el párrafo segundo. De otro lado, también debían agotarse previamente, en su caso, otros Tratados particulares de conciliación y arbitraje de los que España fuera parte, ya fueran bilaterales o multilaterales, y que, según se desprendía —aún con las contradicciones a las que nos referiremos más adelante—, no necesariamente deberían estar registrados en la Sociedad de las Naciones. Finalmente, se preveía que, en cualquier supuesto, prevalecerían los denominados Convenios generales sobre estos tratados particulares, estableciéndose así una clara jerarquización de los mismos, aunque la exacta delimitación y contenido material de esta jerarquización siguiera resultando confuso.

En definitiva, se constitucionalizaba así también el principio del arreglo pacífico de las controversias internacionales al establecer el artículo 77 de la Constitución republicana una amplia

47 Vid., en general, sobre la influencia de estas Conferencias de La Haya y del Pacto de la Sociedad de las Naciones en el arreglo pacífico de las controversias y en las políticas de neutralidad de España el análisis que se ofrece al respecto en GAMARRA, Y., “The neutrals and Spanish neutrality. A legal approach ..”, *op. cit.*, en especial pp. 207-210.

48 *Gaceta de Madrid*, Núm. 334, de 30 de noviembre de 1921.

49 Vid. *Cinquième rapport annuel de la Cour Permanente de Justice Internationale* (15 juin 1928-15 juin 1929), Série E, No. 5, p. 378. La declaración facultativa se formuló por un período de diez años, no constando su renovación al transcurrir este período, ya en plena Guerra Civil [vid. *Seizième rapport de la Cour Permanente de Justice Internationale* (15 juin 1939-31 décembre 1945), Série E, No. 16, p. 342].

50 *Gaceta de Madrid*, Núm. 270, de 27 de septiembre de 1930 y, de manera inexplicablemente repetida, en el Núm. 271, de 28 de septiembre de 1930.

51 El artículo 77, segundo párrafo, establecía que “[C]uando la Nación estuviera ligada a otros países por Tratados particulares de conciliación y arbitraje, se aplicarán éstos en todo lo que no contradigan los Convenios generales”.

gama de mecanismos de arreglo pacífico de controversias ante cualquier situación que pudiera acabar generando un supuesto de posible declaración de guerra, más allá del hecho de que ésta sólo podría darse en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones. En primer lugar, el agotamiento de todos los posibles medios defensivos no bélicos que pudieran utilizarse. En segundo lugar, el agotamiento de todos los procedimientos judiciales, arbitrales y de conciliación establecidos en Convenios internacionales registrados en la Sociedad de las Naciones y considerados Convenios generales. En tercer lugar, el agotamiento de los procedimientos de conciliación y arbitraje que pudieran estar establecidos en otros Tratados particulares de los que España fuera parte, subordinados a los anteriores. Sólo una vez agotados todos estos mecanismos de arreglo pacífico de controversias, terminaba el artículo 77 disponiendo que el Presidente de la República debería estar autorizado por una ley para firmar la declaración de guerra. No hay duda de que se constataba de esta forma un claro compromiso de España con la formación y evolución primigenia del principio del arreglo pacífico de las controversias internacionales y con los mecanismos de la Sociedad de las Naciones⁵².

3. La promoción y protección internacional de los derechos humanos.

La Constitución republicana contenía también su propio catálogo de derechos humanos y libertades fundamentales en el Título III, sobre “Derechos y deberes de los españoles”. Las modificaciones resultaban importantes respecto de constituciones españolas anteriores —la última, la de 1876—, con una ampliación de derechos en dinámica colectiva y social. En cualquier caso, lo relevante a nuestros efectos es que en su articulado se incorporaron también algunas disposiciones, aunque más implícitas que explícitas, en referencia a los derechos humanos y a su promoción y protección internacional, algo que estaba sólo empezando a formularse en el plano internacional⁵³. En este sentido, por ejemplo, y en términos genéricos, puede indicarse inicialmente la referencia que se formulaba en el artículo 48 de la Constitución a que, entre otros aspectos, la enseñanza, además de laica, también “se inspirará en ideales de solidaridad humana”⁵⁴. En todo caso, cabe referirse más concretamente a tres disposiciones constitucionales.

En primer lugar, y de manera fundamental, al artículo 43 *in fine* de la Constitución que se refería directa y expresamente a la Declaración de Ginebra de los Derechos de Niño, indicando

52 Por contraste, cabe indicar también que, sin embargo, la Constitución republicana obviaba cualquier referencia a la misma existencia y a la necesaria aplicación, en su caso, de las normas humanitarias o “leyes de la guerra”, que ya habían empezado a surgir en el Derecho Internacional (vid., en este sentido, por ejemplo, los análisis de ORÚE ARREGUI, J.R. DE, “Preceptos internacionales en la Constitución ..”, *op. cit.*, p. 403 y de GAMARRA, Y., “The neutrals and Spanish neutrality. A legal approach ..”, *op. cit.*, p. 211).

53 Vid., de manera general, sobre el desarrollo y contenido de este primer sistema internacional de protección de los derechos humanos, en FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “La Sociedad de Naciones y los derechos humanos”, en GAMARRA CHOPO, Y., FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (eds.), *Los Orígenes del Derecho internacional contemporáneo .. op. cit.*, pp. 183-216.

54 Artículo 48, quinto párrafo, de la Constitución. La referencia a los ideales de solidaridad humana fue adoptada a partir de una enmienda de la minoría socialista que sustentaba la opinión de que, mediante la educación en estos valores, los niños de hoy y hombres del futuro “llamarán hermanos a los hombres de los demás países” (DSCC, Núm. 59, de 20 de octubre de 1931, pp. 1820-1835, en especial p. 1824).

que “[E]l Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la ‘Declaración de Ginebra’ o tabla de los derechos del niño”. Esta previsión no se hallaba en el proyecto de constitución y fue introducida mediante una enmienda presentada por el diputado Hilario Ayuso Iglesias, del Partido Republicano Federal⁵⁵. Esta Declaración —o Tabla— de Ginebra, impulsada por movimientos no gubernamentales, fue adoptada el 26 de septiembre de 1924, en el marco de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, invitándose a los miembros de la Sociedad a inspirarse en sus principios. La Declaración, de un contenido breve y genérico, establecía que todas las naciones tienen el deber de respetar el derecho de los niños a tener los medios necesarios para su desarrollo, a beneficiarse de asistencia especial en caso de necesidad, a ser los primeros en recibir ayuda, a la libertad económica, a la protección contra la explotación y a una educación que les inculcase una conciencia social y un sentido del deber. Lo más importante es que es considerada el primer texto internacional en la historia de los derechos humanos que específicamente abordaba los derechos de la infancia⁵⁶.

Se trataba, por tanto, de un texto internacional de *soft law* que, sin embargo, el constituyente español optó por incorporar por referencia en la Constitución de 1931. En todo caso, de un lado, tanto los autores de la enmienda como la misma Comisión de Constitución reconocían que no era, estrictamente, un precepto de Derecho Internacional y que era tan sólo la declaración emanada de una reunión o congreso internacional; y, de otro lado, en la medida en que se considerase esta Declaración o Tabla como Derecho Internacional general podía también entenderse su incorporación directa por la vía del artículo 7 de la Constitución al que nos referiremos inmediatamente, tal como apuntaba el diputado Castrillo en nombre de la Comisión de Constitución⁵⁷. De cualquier forma, resultaba una formulación impropia probablemente de un texto de naturaleza constitucional⁵⁸ y, además, se reconocía que fue aceptada por la Comisión de Constitución simplemente para complacer a la minoría federal⁵⁹. En definitiva, aunque resultaba prácticamente nula la capacidad operativa y de implementación jurídica de esta disposición y resultaba discutible su incorporación, los constituyentes de 1931 consideraron oportuna una referencia a la promoción y protección de los derechos de la infancia tal como éstos se estaban empezando a definir en el plano internacional

En segundo lugar, en el artículo 30 de la Constitución se establecía que “[E]l Estado no podrá suscribir ningún Convenio o Tratado internacional que tenga por efecto la extradición de delinquentes político-sociales”. Se trataba de una disposición que no estaba prevista en el proyecto de constitución y que carecía de antecedentes en el derecho comparado⁶⁰. Tal

55 DSCC, Núm. 58, de 16 de octubre de 1931, p. 1784.

56 Vid. sobre esta Declaración en TRINIDAD NÚÑEZ, P., *El niño en el Derecho Internacional de los derechos humanos*, Publicaciones Universidad de Extremadura, Cáceres 2002, en especial pp. 59-61.

57 DSCC, Núm. 58, de 16 de octubre de 1931, p. 1784.

58 En opinión de ORÚE ARREGUI, J.R. DE, “Preceptos internacionales en la Constitución ..”, *op. cit.*, p. 459.

59 Vid. la respuesta en nombre de la Comisión de Constitución del diputado Castrillo en DSCC, Núm. 58, de 16 de octubre de 1931, p. 1785.

60 Vid. CORCUERA ATIENZA, J., “La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, Núm. 2, 2000, p. 637.

como estaba enunciada, además, se trataba de una prohibición constitucional de celebración de determinados tratados internacionales en relación con su contenido y objeto y, por tanto, sistemáticamente, la ubicación del artículo no respondía a un criterio jurídico claro, ya que se situaba en el Título III cuando, en todo caso, por la materia de prohibición constitucional de celebración de determinados tratados en razón de su materia, hubiera debido ubicarse en otro lugar. En cualquier caso, la enmienda que condujo a la adopción de esta disposición por las Cortes Constituyentes fue presentada por los diputados Jerónimo Gomáriz y Eduardo Ortega y Gasset, del Partido Republicano Radical Socialista, y fue aceptada por la Comisión de Constitución, con la posición contraria de su propio presidente, Luis Jiménez de Asúa⁶¹. Éste consideraba la nueva disposición en pugna directa con el artículo 7 de la misma Constitución —cuyo análisis enseguida abordaremos— y con las labores de la Sociedad de las Naciones sobre la posibilidad de establecer normas internacionales en materia de extradición⁶².

Una tercera disposición relevante a nuestros efectos es la del artículo 15.1 que, en el contexto del listado de materias sobre las que las regiones autónomas podían asumir competencias de ejecución, establecía que “[L]a ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia”. La previsión de este párrafo no se recogía tampoco en el proyecto de constitución y fue objeto de una enmienda defendida por Francisco Largo Caballero, del grupo socialista y, a la sazón, Ministro de Trabajo, en la que se reflejaban las reservas o reticencias respecto de una correcta ejecución de la legislación social emanada de las instituciones internacionales por parte de las futuras regiones autónomas.

En el dictamen de la Comisión de Constitución —y así se recogió en el texto definitivo de la Constitución— ya se preveían hasta tres condicionamientos en relación con la ejecución por parte de las regiones autónomas de la legislación estatal, al disponerse que “podrá corresponder a las regiones autónomas”, que eso dependería de “su capacidad política”, y que ésta se determinaría “a juicio de las Cortes”⁶³. Sin embargo, en materia de legislación social, la enmienda de Largo Caballero subrayaba especialmente el carácter internacional de esta legislación y, por tanto, la responsabilidad estatal en relación con los compromisos contraídos en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo, además de incidir en las reticencias sobre el debido cumplimiento, en su caso, por parte de las autoridades de la región autónoma⁶⁴. En este sentido, estaba claramente presente en el debate constitucional el futuro debate sobre el Estatuto catalán, y de señalarse que una disposición en el mismo sentido se acabó incorporando al Estatuto de 1932⁶⁵.

61 Vid. el debate al respecto en el *DSCC*, Núm. 47, de 30 de septiembre de 1931.

62 Vid. la intervención de Luis Jiménez de Asúa en *ibid.*, pp. 1321-1322.

63 Artículo 15 de la Constitución, frase preliminar.

64 Vid. al respecto la intervención del diputado y ministro Francisco Largo Caballero en *DSCC*, Núm. 45, de 25 de septiembre de 1931, pp. 1206-1208.

65 En el párrafo primero del Artículo 6 del Estatuto de Cataluña (*Gaceta de Madrid*, Núm. 265, de 21 de septiembre de 1932) que establecía que “[L]a Generalidad organizará todos los servicios que la legislación social del Estado haya establecido o establezca. Para la ejecución de los servicios y aplicación de las leyes sociales, estará sometida a la inspección del Gobierno para garantizar directamente su estricto cumplimiento y el de los Tratados internacionales que afecten a la materia”.

De tal manera que se acabó formulando finalmente en la Constitución una referencia directa al cumplimiento de los tratados internacionales en materia social que, básicamente, debía y debe entenderse como una referencia prácticamente explícita a la labor realizada y a los convenios adoptados por la Organización Internacional de Trabajo. Aunque no se la mencionase directamente, nos hallábamos, sin ninguna duda, ante una referencia a la labor de esta Organización internacional como claramente indicaba el diputado Largo Caballero en su intervención defendiendo la enmienda. En cualquier caso, más allá de la cuestión competencial, lo que resultaba relevante a nuestros efectos era la profunda preocupación de las Cortes Constituyentes por el cumplimiento de la legislación social internacional sobre los derechos y la protección de los trabajadores, que se estaba ambicionando desarrollar en el plano internacional.

II. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.

La Constitución de 1931 asumía, de manera innovadora, disposiciones respecto de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno y en relación con la incorporación del ordenamiento internacional en el derecho español, de las que nos ocuparemos en este apartado. En primer lugar, abordaremos el análisis de una disposición específica y altamente relevante sobre el acatamiento de las normas universales del Derecho Internacional (1). En segundo lugar, examinaremos las distintas disposiciones constitucionales sobre el procedimiento de celebración y de incorporación de los Tratados internacionales en el ordenamiento interno español (2). Finalmente, nos ocuparemos del especial tratamiento del Pacto de la Sociedad de las Naciones, expresión clara del compromiso internacionalista de la Constitución republicana (3).

1. El acatamiento de las normas universales del Derecho Internacional y su incorporación.

Respondiendo al espíritu de la época⁶⁶, y mirándose en el espejo de otras constituciones, especialmente la Constitución de Weimar, el artículo 7 de la Constitución de 1931 establecía la incorporación al derecho español de las normas universales del Derecho Internacional⁶⁷. En el anteproyecto de constitución presentado por la Comisión Jurídica Asesora ya se establecía una disposición sobre la que se inspiró directamente la Comisión Constitucional en su proyecto. Concretamente, el entonces artículo 45 del anteproyecto de constitución preveía en su primer párrafo que “[E]l Estado español reconoce como parte integrante de su derecho positivo las

66 Como indicaba Mirkine-Guetzévitch, “[L]es transformations radicales de la vie internationale d’après guerre, la création de formes nouvelles de droit international, les nouvelles *réalités* juridiques, non prévues par les théories de droit international d’avant guerre, telles sont les causes du succès de l’école autrichienne, école *moniste*, aboutissant à la primauté du droit international”, en MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., “Droit International et Droit Constitutionnel”, *op. cit.*, pp. 313-314.

67 El artículo 4 de la Constitución de Weimar establecía que “Las reglas del Derecho Internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del Derecho alemán del Reich”.

normas universales de Derecho internacional”. La versión del proyecto de constitución presentada por la Comisión de Constitución tenía una formulación algo diferente ya que en ella se preveía que “[E]l Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, reconociéndolas como parte integrante de su derecho positivo”. Finalmente, con la coordinación de artículos y la unificación de estilo por parte de la Comisión de Constitución, el texto del artículo 7 sometido a aprobación definitiva el 9 de diciembre de 1931 disponía que “[E]l Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional, incorporándolas a su derecho positivo”⁶⁸.

El proyecto de disposición sólo fue objeto de una enmienda que pretendía directamente su eliminación, juntamente con la eliminación del proyecto de artículo 6 al que antes nos hemos referido. Al retirarse la enmienda por parte del diputado Antonio Royo Vilanova, el proyecto de artículo 7 acabó siendo aprobado por las Cortes Constituyentes sin ningún debate sustantivo sobre su alcance y contenido⁶⁹, completándose así, en su momento, la aprobación inicial del Título preliminar de la Constitución⁷⁰. Más allá de los cambios en los textos y de la diferenciación respecto de la redacción de la Constitución alemana, resulta relevante abordar un análisis de las dos obligaciones o de las dos ideas subyacentes en la corta frase del artículo 7. De un lado, la determinación del alcance de las normas internacionales que se preveía que se acatarían y, de otro lado, el significado de la obligación de su incorporación en el derecho positivo interno. Obligaciones que se revelaban, de alguna manera y como indicaba Federico de Castro, como el ejercicio de una doble función de España: acatar la norma universal (deber de Derecho Internacional) e incorporarla al derecho positivo (convertirla en deber de Derecho interno)⁷¹.

La primera cuestión relevante es la determinación del alcance de las normas internacionales a las que aludía este artículo 7 al establecer la obligación de España de acatarlas. La disposición se refería claramente a las “normas universales del Derecho Internacional”, es decir, a lo que conocemos como Derecho Internacional general, constituido fundamentalmente por principios generales y por la costumbre internacional de carácter universal⁷². En este sentido, se inspiraba ciertamente en la Constitución de Weimar que se refería a las reglas del Derecho Internacional “generalmente reconocidas”. Cabe también subsumir la formulación empleada en

68 DSCC, Núm. 88, de 9 de diciembre de 1931, Apéndice 1.

69 Lo que Yolanda Gamarra atribuye, de manera algo antagónica, tanto a un alto grado de consenso inicial en materia exterior como al desinterés o despreocupación por las cuestiones más de índole jurídica (vid. GAMARRA, Y., “Los lenguajes del derecho internacional en la Constitución ..”, *op. cit.*, pp. 213-214).

70 DSCC, Núm. 41, de 18 de septiembre de 1931, p. 1031.

71 CASTRO, F. DE, “La Constitución española y el Derecho Internacional Privado”, en *Estudios Jurídicos del profesor Federico de Castro*, Centro de Estudios Registrales, Madrid 1977, Tomo I, p. 127, reproducido de la *Revista de Derecho Privado* 1932.

72 De manera muy diferente a lo que sostiene Luis V. Pérez Gil. Inexplicablemente, y pese a lo que dispone el literal del texto constitucional, este autor parte, de manera absolutamente errónea, de la consideración de que el redactado del artículo disponía que “[E]l Estado español acatará las normas del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo” obviando la palabra “universales”. Esta incomprensible y deficiente referencia al texto constitucional de 1931 condiciona y distorsiona completamente la interpretación que el autor ofrece de esta disposición (PÉREZ GIL, L.V., “Análisis de los principios constitucionales ..”, *op. cit.*, pp. 139-140).

la referencia que el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional formulaba a las normas internacionales que debía aplicar el Tribunal, en cuyo listado, como es sabido, además de los convenios y acuerdos internacionales, generales o especiales, que establecieran reglas reconocidas expresamente por los Estados litigantes, se disponía que el Tribunal también podía aplicar “[L]a costumbre internacional, como prueba de una práctica general aceptada como ley” y “[L]os principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”⁷³. Por último, como veremos, la formulación constitucional también podía alcanzar a “Convenios generales” como a los que se aludía en el artículo 77, párrafos primero y segundo, o a tratados internacionales ampliamente reconocidos e inscritos en la Sociedad de las Naciones, como a los que se refería el artículo 65 en su párrafo primero. Lo cierto es que para los mismos constituyentes la interpretación de la disposición resultaba controvertida⁷⁴.

El segundo aspecto relevante para analizar es la segunda parte de este artículo 7, cuando se establecía que España acataría estas normas universales “incorporándolas a su derecho positivo”. No está claro tampoco el significado exacto de esta segunda parte de la disposición en cuestión. De hecho, como ya hemos indicado, en el debate constitucional no se clarificó, porque la enmienda de Royo Vilanova fue retirada por su mismo autor y la Comisión de Constitución sólo indicaba —y así lo reiteraba su representante en su intervención ante las Cortes— que se inspiraba en la Constitución de Weimar. La cuestión es que si el Derecho Internacional universal debía “incorporarse” en el derecho positivo español de ahí se derivaba una cierta lectura dualista de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno y la consideración de que, por tanto, no había primacía del Derecho Internacional⁷⁵. Sin embargo, y vinculando esta disposición del artículo 7 con la previsión del artículo 65, párrafo primero, al que nos referiremos de inmediato, cabe entender —y así lo hace la doctrina mayoritaria— que el precepto reconocía la primacía del Derecho Internacional y “daba entrada, sin más, en nuestro ordenamiento jurídico, a aquellas reglas que hayan recibido la sanción de la comunidad internacional”⁷⁶. Enseguida desarrollaremos más argumentos sobre ello, pero tan confusa es la

73 Artículo XXXVIII del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (*Gaceta de Madrid*, Núm. 344, de 30 de noviembre de 1921, ya citada).

74 Así, contradictoriamente, para algunos miembros de la Comisión de Constitución la disposición contenida en el artículo 7 alcanzaría tanto a los tratados internacionales como a las meras aspiraciones de *soft law* o de *lege ferenda*. Así, por ejemplo, de un lado, Jiménez de Asúa, en el debate del artículo 30 de la Constitución y la prohibición de los tratados internacionales que tuvieran por objeto la extradición de delincuentes político-sociales, se refería a los Tratados que España ya tenía suscritos con otros países “y que en el art. 7º de la Constitución reconocemos como parte integrante de nuestro propio Derecho” (*DSCC*, Núm. 47 ya citado, p. 1321); y, de otro lado, en su intervención en relación con la incorporación de la referencia a la Declaración o Tabla de los derechos del niño, el diputado que intervenía en nombre de la Comisión de Constitución indicaba que “al reconocer en principio que aceptamos las normas de Derecho internacional, evidentemente resulta que aceptamos también las aspiraciones de los congresos internacionales” (vid. la intervención del diputado Castrillo en *DSCC*, Núm. 58 ya citado, p. 1784).

75 Como sostiene Federico de Castro en CASTRO, F. DE, “La Constitución española y ..”, *op. cit.*, p. 126.

76 Como se defiende en PÉREZ SERRANO, N., *La Constitución Española (9 diciembre 1931). Antecedentes, Textos. Comentarios*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1932, p. 75 y 241. En este mismo sentido, otros autores opinaban que lo que hizo la Constitución republicana fue constitucionalizar “de cette façon le droit international qui acquiert ainsi la valeur de règles de droit politique interne, en affirmant ainsi l’Unité de

interpretación de la norma que, de manera contradictoria, Orúe Arregui sostenía prácticamente las dos posiciones en el mismo lugar⁷⁷.

Por lo que se refiere a las observaciones más formales que deben formularse a este artículo 7, debe indicarse, de un lado, el significativo e inadvertido cambio de verbo utilizado en la versión final del artículo 7 realizada por la Comisión de Constitución, al establecerse que el verbo utilizado sería “incorporándolas” en vez de “reconociéndolas”, como figuraba en el proyecto discutido en la sesión correspondiente de las Cortes. No consta la motivación de este cambio en la redacción final por parte de la Comisión de Constitución⁷⁸. Como ha indicado Remiro Brotons, esta redacción “sugería literalmente *in fine* una recepción obligatoria, sí, pero no automática, una directriz de política legislativa más que una auténtica regla de Derecho, que traicionaba la aprobada por las Cortes, directamente inspirada en el artículo 4 de la Constitución de Weimar”⁷⁹. Se trata, ciertamente, de un ligero matiz, pero el verbo finalmente utilizado (incorporar) podía implicar una cierta acción positiva que en el primer verbo propuesto (reconocer) podía entenderse como implícita y, por tanto, bajo una perspectiva más monista, con primacía internacional, y de recepción automática. Es más, tal como abordaremos inmediatamente, el artículo 65, párrafo primero, al establecer que determinados convenios internacionales “se considerarán parte constitutiva de la legislación española” abundaba en esta misma línea, puesto que considerar es más reconocer que incorporar. En cualquier caso, debe indicarse que, con la doctrina mayoritaria, resultaba meridianamente clara la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno en el marco constitucional republicano, de tal manera que “aucune discussion n’est plus possible”⁸⁰.

De otro lado, debe también subrayarse la referencia que se establecía a la incorporación de estas normas internacionales “a su derecho positivo”, que sustituyó a la más precisa referencia a su reconocimiento “como parte integrante de su derecho positivo”, que se planteaba en el texto propuesto en el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora y de manera parecida en el proyecto de constitución. También se trata, ciertamente, de un ligero matiz, pero resultaba mucho más precisa, a nuestro juicio, la versión del anteproyecto y del proyecto, ya que éstas venían a reconocer que las normas universales del Derecho Internacional formaban ya “parte

droit dit public” (POSADA, A., *La nouvelle Constitution espagnole. Le régime constitutionnel en Espagne. Evolution. Textes. Commentaire*, Libraire du Recueil Sirey, Paris 1932, p. 130).

77 Vid. ORÚE ARREGUI, J.R. DE, “Preceptos internacionales en la Constitución ..”, *op. cit.*, p. 393.

78 El artículo 24 del Reglamento provisional establecía respecto de la discusión del proyecto de constitución que “[L]a Comisión que entienda en el proyecto constitucional recogerá el resultado de la discusión, acoplará las modificaciones introducidas en el texto y redactará éste en definitiva, de conformidad con lo acordado. Una vez hecho esto, la Mesa someterá el proyecto a la aprobación definitiva de las Cortes y se tendrá por sancionado al obtener el voto favorable de la mayoría absoluta de la Cámara” (vid. el Reglamento provisional de las Cortes Constituyentes, *DSCC*, Núm. 3, de 18 de julio de 1931, Apéndice 1). De esta manera, el “reconociéndolas” del texto apenas discutido pero aprobado en la sesión de las Cortes constituyentes de 18 de septiembre de 1931 acabó convertido en “incorporándolas” en la versión final sometida a votación el 9 de diciembre de 1931.

79 Vid. REMIRO BROTONS, A., “La Constitución y el Derecho Internacional”, en ÁLVAREZ CONDE, E. (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, INAP, Madrid 1998, p. 231.

80 Como indica PELLA, V., “La protection de la paix ..”, *op. cit.*, pp. 409-410.

integrante” del derecho positivo. Al mismo tiempo, el concepto de “derecho positivo” resultaba —y resulta— una expresión demasiado polisémica y que puede entenderse referida exclusivamente al derecho escrito y, por tanto, también hubiera sido más claro referirse al Derecho interno o al derecho español o a la legislación interna. En este sentido de poderse entender el derecho positivo como derecho escrito la norma podía resultar, además, contradictoria en sus propios términos puesto que se refería a las normas universales del Derecho Internacional lo que, fundamentalmente, como hemos dicho, abarcaría la costumbre internacional y los principios generales del derecho.

En todo caso, aunque la disposición resultase relevante, pese a su cierta confusión —y se eche en falta alguna disposición de tenor similar en la Constitución de 1978—, desde una perspectiva jurídico-internacional debe también entenderse esta disposición como una obviedad en la misma medida que un Estado, por el sólo hecho de existir como tal Estado, debe estar necesariamente obligado por las normas universales del Derecho Internacional general⁸¹. Pero, aunque pudiera ser innecesario, lo cierto es que el artículo 7 no por ello resultaba menos útil y, sobre todo, visibilizaba el claro compromiso internacionalista y con el Derecho Internacional que el constituyente de 1931 quiso poner de manifiesto. Cuestión distinta sería la consideración de la continuada validez de esta disposición bajo el franquismo, es decir, la vigencia, ya no —obviamente— de la Constitución republicana, pero sí de la positivización de las normas de Derecho Internacional general que se operó mediante este artículo 7⁸².

2. La conclusión y recepción de los tratados internacionales.

Las disposiciones de la Constitución de 1931 en relación con la celebración y recepción de los tratados internacionales se caracterizan, en primer lugar, por su confusa ordenación sistemática, lo que constituye, quizás, su dato más relevante. Básicamente porque algunas disposiciones se situaban en el Título IV, relativo a las Cortes, y otras en el Título V, relativo a la Presidencia de la República, sin que ello respondiese a una diferenciación de las funciones de las unas o de la otra. Un desorden sistemático que se acompañaba, asimismo, de una cierta imprecisión y confusión técnica, explicable, quizás, por la rapidez tanto de la elaboración del proyecto de constitución como de la tramitación del mismo debate constitucional.

En relación con la conclusión de los tratados el artículo 76 en su apartado e), párrafo primero, disponía que, entre otras, correspondía al Presidente de la República la competencia de “[N] egociar, firmar y ratificar los Tratados y Convenios internacionales sobre cualquier materia y vigilar su cumplimiento en todo el territorio nacional”. Más allá de la vigilancia del cumplimiento a la que nos referimos más adelante, quedaba meridianamente claro en esta disposición que todas las fases de la celebración de un tratado internacional se residenciaban en la

81 Adicionalmente, cabe indicar que se trata de una previsión sobre la incorporación del Derecho Internacional general que en la elaboración de la Constitución de 1978 fue finalmente abortada, pese a figurar en el primer proyecto de borrador constitucional (REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior ...*, *op. cit.*, p. 25).

82 Vid., al respecto, por ejemplo, JUSTE RUIZ, J. “El Derecho Internacional Público ...”, *op. cit.*, pp. 17-18 y MANGAS MARTÍN, A., “Cuestiones de Derecho internacional público ...”, *op. cit.*, pp. 181-182, remitiéndose ambos autores en relación con esta cuestión a la autoridad doctrinal de Adolfo Miaja de la Muela.

presidencia de la República y no, estrictamente, en el gobierno. Pese a que, en primer lugar, como disponía el artículo 87 de la Constitución, fuera el presidente del Consejo de Ministros quien “dirige y representa la política general del gobierno” y que a los Ministros “corresponde la alta dirección y gestión de los servicios públicos asignados a los diferentes departamentos ministeriales”; lo que suponía conferir competencias en la materia tanto al gobierno como, de manera especial, al Ministro de Estado, que era la denominación en aquel momento del Ministerio responsable de los Asuntos Exteriores⁸³. En segundo lugar, el artículo 84 reconocía expresamente que “[S]erán nulos y sin fuerza alguna de obligar los actos y mandatos del Presidente que no estén refrendados por un Ministro”⁸⁴, lo que matizaba claramente el enunciado de la disposición constitucional contenida en el artículo 76, apartado e), párrafo primero.

De otro lado, en el mismo artículo 76, apartado e), párrafo segundo, se exigía la aprobación de las Cortes para determinados tipos de tratados. Concretamente, se preveía que “[L]os tratados de carácter político, los de comercio, los que supongan gravamen para la Hacienda pública o individualmente para los ciudadanos españoles y, en general, todos aquellos que exijan para su ejecución medidas de orden legislativo, sólo obligaran a la Nación si han sido aprobados por las Cortes”⁸⁵. De la misma forma, un tratamiento especial —que evidenciaba un reforzado compromiso internacionalista con los derechos sociales y que respondía también a las mismas previsiones de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo⁸⁶—, se confería en este artículo 76, apartado e), párrafo tercero, en relación con los proyectos de Convenio de la Organización Internacional del Trabajo. Respecto de éstos últimos se establecía que “serán sometidos a las Cortes en el plazo de un año, y, en caso de circunstancias excepcionales, de dieciocho meses, a partir de la clausura de la Conferencia en que hayan sido adoptados”⁸⁷.

83 En términos de distribución competencial resultaba también obvio que se trataba de una competencia del Estado, aunque el artículo 14 de la Constitución —al que antes nos hemos referido— se refería expresamente sólo a determinados tipos de tratados según la materia (los tratados de paz, el régimen arancelario, los tratados de comercio, aduanas o libre circulación de mercancías o el régimen de extradición, materias a las que se referían los apartados 3, 8 y 10 del artículo 14). Sin embargo, el que el artículo 14 en su apartado 3 dispusiese, *in fine*, que era competencia del Estado “toda clase de relaciones internacionales” podía considerarse como una norma suficiente de cierre competencial.

84 En este sentido, el debate en las Cortes sobre las competencias del Presidente de la República condujo a considerar que lo que se hacía en aquel momento era establecer una especie de “constitución parlamentaria atenuada”, en la que existiría “un poder presidencial refrenado y frenado por el Gobierno” (vid., al respecto, las intervenciones de Clara Campoamor y de Niceto Alcalá-Zamora en el *DSCC*, Núm. 67, de 3 de noviembre de 1931, pp. 2093-2094)

85 La formulación literal utilizada no dejaba de resultar algo forzada, pues hubiera sido más claro establecer que estos tratados requerían la aprobación de las Cortes, que la fórmula utilizada de indicar que solo obligarían a la nación si habían sido aprobados por las Cortes.

86 En relación con las obligaciones de los Estados una vez adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo un Convenio internacional, tal como se recogían entonces en el Artículo 405 de la Parte XIII del Tratado de Versalles, estableciendo la Organización Internacional del Trabajo (disponible en español en https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1920/20B09_18_span.pdf).

87 Completando la disposición de este párrafo tercero con la frase de que “[U]na vez aprobados por el Parlamento, el Presidente de la República suscribirá la ratificación, que será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones”.

Es decir, que en un artículo relativo a las competencias del Presidente de la República se preveía la participación parlamentaria en el proceso de conclusión de determinados tratados internacionales, en función de su materia. Una aprobación de las Cortes que, aunque nada se dijera, debería ser por ley, ya que tampoco se previó nada específico respecto de la tramitación de los tratados internacionales en el Reglamento de las Cortes⁸⁸. En todo caso, de las disposiciones en cuestión se revelaba que, *a sensu contrario*, podía haber otros tratados sobre materias distintas a las citadas expresamente que, en consecuencia, no requiriesen para su conclusión la aprobación de las Cortes⁸⁹. Lo que se confirma cuando, en el mismo artículo 76, apartado e), párrafo cuarto, se establecía que “[L]os demás Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, también deberán ser registrados en la Sociedad de las Naciones, con arreglo al artículo 18 del Pacto de la Sociedad, a los efectos que en él se previenen”. Claramente, por tanto, se establecía en la Constitución de 1931 un doble procedimiento para la ratificación de los tratados internacionales en el que sólo algunos —ciertamente, los más relevantes— requerían de la aprobación de las Cortes mediante una ley de ratificación. Sin embargo, tanto los unos como los otros sí debían ser registrados en la Sociedad de las Naciones, cuestión que no quedaba tan evidente en relación con los tratados particulares de conciliación y arbitraje a los que, como hemos dicho, se aludía en el artículo 77, párrafo segundo.

De otro lado, el artículo 66, párrafo segundo, prohibía el recurso al referéndum en relación con, entre otras materias, las leyes que fueran “de ratificación de Convenios internacionales inscritos en la Sociedad de las Naciones”⁹⁰. Pero sólo en relación con éstos. Es decir, y aunque no estuviera en la mente de los constituyentes, de la formulación utilizada se desprendería que,

88 Resultando, por tanto, de aplicación las mismas disposiciones relativas a la tramitación de los proyectos de ley del gobierno. Vid. el Reglamento de las Cortes, aprobado definitivamente en *Diario de Sesiones de Cortes*, Núm. 130, de 19 de noviembre de 1934, Apéndice 3. El Reglamento provisional de las Cortes Constituyentes ya citado tampoco establecía ninguna disposición específica al respecto.

89 Aunque no se decía nada explícitamente en la misma Constitución, así lo asumía expresamente Clara Campoamor, en nombre de la Comisión de Constitución, al indicar que “no se dice, en cambio, que todos los Tratados deberán ser aprobados por una ley, porque puede haber un simple canje de notas de potencia a potencia, acerca de la forma de dar el ‘exequátor’ a un representante, y esto no puede ser motivo de una ley, porque sería excesivo y absurdo someter a esas normas cosas puramente formales, cosas de escásima importancia” (vid. la intervención de Clara Campoamor en el *DSCC*, Núm. 67, de 3 de noviembre de 1931, p. 2093).

90 Concretamente, fue Salvador de Madariaga quien propuso —en la larga sesión de las Cortes dedicada a incorporar la institución del referéndum en la Constitución, cuando el proyecto no preveía nada al respecto— una enmienda aditiva para “excluir el privilegio del ‘referéndum’ las leyes que sean ratificación de contratos internacionales, porque por mi experiencia del ‘referéndum’ suizo sé que es un peligro muy grande, pues el pueblo, a pesar de ser soberano, no entiende de Tratados internacionales” (*DSCC*, Núm. 64, de 28 de octubre de 1931, pp. 2004-2005). La enmienda (con las palabras Convenios internacionales, en vez de contratos internacionales, que debe considerarse, quizás, un simple error de imprenta) fue incorporada en el dictamen de la Comisión, pero reabierto la discusión sobre este tema por Santiago Alba, del Partido Radical, se acordó finalmente la exclusión del referéndum de las leyes de ratificación sólo de los convenios internacionales “inscritos en la Sociedad de las Naciones” (*DSCC*, Núm. 65, de 29 de octubre de 1931, pp. 2013-2014). De una manera harto confusa, esto venía a reflejar, como estamos indicando, que se consideraba a estos convenios como más importantes, lo que se contradecía, sin embargo, con lo que establecería en el artículo 76, apartado e), párrafo cuarto, que dispondría que “los demás Tratados y Convenios internacionales” también deberían ser registrados en la Sociedad de las Naciones.

también *a sensu contrario*, nada impediría constitucionalmente el recurso al referéndum en relación con otros tratados internacionales referidos a otras materias que, por tanto, no requiriesen su aprobación por las Cortes mediante ley de ratificación o respecto de otros tipos de decisiones de carácter internacional, siempre que lo solicitase el 15 por ciento del cuerpo electoral. Igualmente, nada impediría la iniciativa legislativa popular a la que se refería también el mismo artículo 66, párrafo tercero, pues ninguna limitación constitucional se establecía al respecto. Aunque la necesaria legislación de desarrollo constitucional, tanto sobre el referéndum como sobre la iniciativa legislativa popular, no llegó a ver la luz durante el período republicano.

Desde otra perspectiva, el artículo 65 de la Constitución republicana establecía disposiciones sobre los efectos o la recepción de los tratados en el ordenamiento interno español. El artículo se iniciaba estableciendo en su párrafo primero, como ya hemos indicado antes, que “[] Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquellos se disponga”. Es decir, que se establecía claramente una recepción automática y una jerarquía supralegal de los tratados internacionales siempre que se cumplieran dos condiciones: que estuvieran inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tuvieran carácter de ley internacional.

Este último inciso, que ya venía del texto del anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora, resulta hartamente confuso, pues resulta obvio que todos los tratados o convenios internacionales tienen el “carácter” de Derecho Internacional —o ley internacional—, a no ser que la distinta utilización de las palabras tratado y convenio, que por primera vez se presentaba en un texto constitucional español⁹¹, quisiera tener algún significado especial. En este sentido, aunque de manera muy borrosa, parecía querer formularse una especie de equiparación entre las normas universales del Derecho Internacional a las que, como hemos dicho, se refería el artículo 7 de la Constitución, y los Convenios internacionales inscritos en la Sociedad de las Naciones y que “tengan carácter de ley internacional”, incluidos los proyectos de Convenio de la Organización Internacional del Trabajo. La limitada práctica llevada a cabo impide clarificar esta cuestión pero, de alguna manera, así se desprende también, a título inspirador, de lo que indicaba la Comisión Jurídica Asesora al presentar su anteproyecto, en el sentido de que “[P]ara que España marche acorde con la importancia, creciente de día en día, del Derecho internacional, se han reputado Derecho positivo las normas universales, así como los Convenios internacionales revestidos de las garantías necesarias para que sean considerados como ley internacional”, aún sin precisar el exacto significado de tan enigmática última frase⁹².

En la perspectiva de cumplimiento de los tratados, debe indicarse también que el artículo 65, en su párrafo segundo, preveía que “[U]na vez ratificado un Convenio internacional que afecte a la ordenación jurídica del Estado, el Gobierno presentará, en plazo breve, al Congreso de los Diputados, los proyectos de ley necesarios para la ejecución de sus preceptos”. Por tanto,

91 Vid. REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior ...*, *op. cit.*, pp. 160-161. Esta confusión terminológica entre tratados y convenios se sigue haciendo, de otra parte, en la Constitución de 1978.

92 Vid. en el texto de la presentación del anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora en *loc. cit.*, p. 169.

de un lado, quedaba claro que a quien correspondía iniciar el procedimiento de ejecución de los tratados internacionales ratificados por España era al “Gobierno”, aunque, como hemos visto antes, era competencia del Presidente de la República “vigilar su cumplimiento en todo el territorio nacional”. De otro lado, no hay duda que tan clara jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre el Derecho interno quedaba reforzada cuando en el párrafo tercero de este mismo artículo 65 se preveía también, adicionalmente, que “[N]o podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido”⁹³. Por último, debe indicarse también, en términos de ejecución de los tratados internacionales, que los Estatutos de autonomía de Cataluña de 1932 y del País Vasco de 1936 preveían expresamente que las autoridades regionales tomarían todas las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados y Convenios que versasen, total o parcialmente, sobre materias atribuidas a la competencia regional⁹⁴.

En un orden de ideas relacionado, el párrafo cuarto del artículo 65 establecía finalmente que “[L]a iniciativa de la denuncia habrá de ser sancionada por las Cortes”. Ahora bien, su ubicación sistemática en este párrafo del artículo 65 parecía querer indicar que la denuncia debería ser sancionada por las Cortes sólo en el caso de aquellos tratados internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tuvieran el carácter de ley internacional, y respecto de cualquier Convenio internacional que afectase a la ordenación jurídica del Estado, a todos los cuales se refería el artículo 65 en sus párrafos primero y segundo. Lo que, en análisis sistemático de la Constitución nos conduce al artículo 76, apartado e), segundo párrafo, en relación con los tratados que solo obligarían a la Nación si habían sido aprobados por las Cortes y, por tanto, su denuncia también requería ser sancionada por las Cortes. Todo ello nos lleva, de nuevo, a la opción de una diferenciación de los tratados, según si debían ser aprobados por las Cortes o no, y sus consecuencias. En cualquier caso, la previsión de que la denuncia debía ser también sancionada por las Cortes si éstas habían aprobado el tratado resultaba una previsión útil que faltaba en muchas otras constituciones⁹⁵.

Por último, y por lo que se refiere al control constitucional de los tratados internacionales, la Constitución republicana nada previó al respecto como competencia del Tribunal de Garantías

93 En este sentido, Pérez Serrano consideraba que el artículo 65 consagraba tres reglas: “1ª, un Convenio internacional ratificado por España forma parte de nuestro Derecho; 2ª el Gobierno deberá presentar sin demora a las Cortes los proyectos de Ley necesarios para su ejecución, y 3ª, no podrá legislarse en contra sin denunciar previamente el Convenio” (PÉREZ SERRANO, N., *La Constitución Española ...*, op. cit., p. 241).

94 Vid., al respecto, lo dispuesto en el artículo 13 del Estatuto de Cataluña (*Gaceta de Madrid*, Núm. 265, de 21 de septiembre de 1932) y en el artículo 9 del Estatuto vasco (*Gaceta de Madrid*, Núm. 281, de 7 de octubre de 1936), ambos prácticamente idénticos. El artículo 13 del Estatuto catalán de 1932 establecía que “La Generalidad de Cataluña tomará las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados y Convenios que versen sobre materias atribuidas, total o parcialmente, a la competencia regional por el presente Estatuto. Si no lo hiciera en tiempo oportuno, corresponderá adoptar dichas medidas al Gobierno de la República. Por tener a su cargo la totalidad de las relaciones exteriores, ejercerá siempre la alta inspección sobre el cumplimiento de los referidos Tratados y Convenios y sobre la observancia de los principios del derecho de gentes. Todos los asuntos que revistan este carácter, como la participación oficial en Exposiciones y Congresos internacionales, la relación con los españoles residentes en el extranjero o cualesquiera otros análogos, serán de la exclusiva competencia del Estado”.

95 Vid. HUDSON, M.O., “The Spanish Constitution ...”, op. cit., p. 580.

Constitucionales que en ella se establecía⁹⁶, y solo aludía al recurso de inconstitucionalidad contra las leyes en el artículo 121, apartado a) de la misma⁹⁷. No obstante, debía entenderse la existencia legal de este control, cuando menos en la medida en que, como hemos visto, la ratificación de los tratados internacionales, al menos la de los más relevantes, requería inexcusablemente la adopción de una ley por parte de las Cortes que, por tanto, podía ser recurrida ante el alto Tribunal⁹⁸. La ley del Tribunal de Garantías Constitucionales tampoco previó nada expresa y específicamente en relación con los tratados internacionales⁹⁹.

3. El tratamiento especial del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

Como ya hemos subrayado, la Constitución de 1931 expresó un claro y reforzado compromiso de la España republicana con la Sociedad de las Naciones y con los valores y principios que de ella emanaban. Algo que cabe atribuir también a la visión, idealismo y liderazgo de algunos dirigentes políticos y de algunos miembros de las Cortes Constituyentes, pero que también respondía al contexto político internacional del momento, con todas sus debilidades y carencias. En este sentido, debe subrayarse que la década de los años treinta no fue precisamente una década de expansión y florecimiento para la Sociedad de las Naciones¹⁰⁰, como se acabaría evidenciando, definitivamente, con la Guerra Civil y la discutible posición de “no intervención” de la Sociedad ante el final de una República española que, como ningún otro país, había expresado un compromiso tan enérgico con el multilateralismo internacional emergente¹⁰¹.

Más allá de su valoración en términos de principios, como los relativos a la limitación del uso de la fuerza y a la promoción del arreglo pacífico de las controversias internacionales que se recogían en los artículos 6 y 77 de la Constitución, a los que ya nos hemos referido, este reforzado compromiso con la Sociedad de las Naciones se expresaba, de un lado, en las

96 Aunque el artículo 100, apartado a) del anteproyecto de constitución presentado por la Comisión Jurídica Asesora (*loc. cit.*) sí excluía expresamente del recurso de inconstitucionalidad a los tratados y convenios internacionales ratificados parlamentariamente.

97 Por el contrario, una enmienda que no prosperó, presentada por varios diputados encabezados por el diputado Javier Elola y Díaz Varela, del Partido Radical, pretendía, entre otras cosas, establecer una especie de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales al proponer que también fuera de la competencia del Tribunal de Garantías “[L]a constitucionalidad de los Tratados y Convenios internacionales, que examinará antes de su ratificación” (vid. *DSCC*, Núm. 80, de 25 de noviembre de 1931, Apéndice 1).

98 De la misma forma que, en el sentido que preveía el artículo 65, párrafo tercero, al que ya nos hemos referido, también podía ser recurrida cualquier ley que estuviera en contradicción con los convenios a los que aludía este mismo artículo 65, párrafos primero y segundo.

99 Vid. la Ley relativa al Tribunal de Garantías Constitucionales en la *Gaceta de Madrid*, Núm. 131, de 30 de junio de 1933.

100 En su exhaustiva historia de la Sociedad de Naciones, Walters establecía cuatro etapas en el desarrollo y actividad de la Sociedad: los años de crecimiento, los años de estabilidad, los años de conflicto y los años de derrota. Estas dos últimas etapas —las más críticas para la Organización internacional— coincidieron temporalmente con todo el período de vigencia de la segunda República española (WALTERS, F.P., *Historia de la Sociedad de Naciones*, ed. Tecnos, Madrid 1971).

101 Vid., al respecto, por todos, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *La Guerra Civil española y el ordenamiento jurídico internacional*, editorial Civitas, Madrid 2014, en especial sobre la política de no intervención y la posición de la comunidad internacional ante la Guerra Civil en pp. 69-102.

previsiones constitucionales sobre el registro y publicación de los tratados; y, de otro lado, en el tratamiento especial que la misma Constitución confería al Pacto por el que se establecía la Sociedad de las Naciones y a la pertenencia de España a la misma.

Por lo que se refiere a las primeras consideraciones, en efecto, de las diversas ocasiones en las que la Constitución republicana se refería expresamente a la Sociedad de las Naciones, hasta en cinco ocasiones lo hacía en relación con el registro de los tratados y convenios internacionales¹⁰². Como es sabido, y a partir de las experiencias previas a la Primera Guerra Mundial y el esbozo en los “Catorce Puntos” de Wilson de un orden mundial basado, entre otros aspectos, en la diplomacia abierta, el Pacto de la Sociedad de las Naciones promovía la publicidad de los tratados y la eliminación de los entendimientos internacionales secretos. En este sentido, el artículo 18 del Pacto de la Sociedad de las Naciones preveía que “[T]odo tratado o compromiso internacional celebrado en lo futuro por un miembro de la Liga, deberá ser inmediatamente registrado y publicado por la Secretaría a la mayor brevedad posible. Ninguno de esos tratados o compromisos internacionales será obligatorio antes de que haya sido registrado”.

En este marco internacional, el texto constitucional operó también una constitucionalización de esta obligación internacional en relación con el registro y publicación de los tratados¹⁰³. Así se desprendía de diversas previsiones constitucionales, como la del artículo 65, párrafo primero, respecto de los efectos de los convenios internacionales ratificados por España “e inscritos en la Sociedad de las Naciones”; o la del artículo 66, párrafo segundo, en relación con la exclusión del referéndum de las leyes de ratificación de los convenios internacionales “inscritos en la Sociedad de las Naciones”; o la del artículo 76, apartado e), párrafo tercero, que establecía que los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, una vez aprobados por las Cortes, serían ratificados por el Presidente de la República y esta ratificación “será comunicada, para su registro, a la Sociedad de las Naciones”; o la del artículo 76, apartado e), párrafo cuarto, en relación a que los demás tratados y convenios internacionales ratificados por España “también deberán ser registrados en la Sociedad de las Naciones, con arreglo al artículo 18 del Pacto de la Sociedad, a los efectos que en él se previenen”; o, finalmente, la del artículo 77, párrafo primero, respecto de los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de los que España fuera parte “registrados en la Sociedad de las Naciones”.

Es decir, no sólo se realizó una operación constitucionalizadora en relación con las obligaciones sustantivas contraídas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, como la limitación al uso de la fuerza o la priorización de los medios pacíficos de arreglo de controversias, sino que esta operación también se llevó a cabo con otras obligaciones, más de carácter formal, como el registro y publicación de los tratados, es decir, en relación con la proscripción de los tratados secretos. En este orden de ideas, la Constitución de 1931 fue la primera también en establecer

102 Aunque de las cinco ocasiones, en tres de ellas se utilizaba la palabra “registrados” y en otras dos la palabra “inscritos”.

103 Siendo también la primera constitución en establecer esta obligación (vid. por ejemplo, MIRKINE-GUETZEVITCH, B., “The Spanish Constitution ..”, *op. cit.*, p. 11; así como PÉREZ GIL, L.V., “Análisis de los principios constitucionales ..”, *op. cit.*, p. 155).

la obligación constitucional de registro de los tratados en la Secretaría de la Sociedad de las Naciones.

Pero quizás la disposición más contundente en este sentido era la del artículo 76, apartado e), párrafo quinto, de la Constitución republicana que establecía que “[L]os Tratados y Convenios secretos y las cláusulas secretas de cualquier Tratado o Convenio no obligarán a la Nación”. El proyecto de constitución ya contenía una breve referencia a la prohibición de las “cláusulas secretas” en los tratados —y sólo de ellas—¹⁰⁴, pero fue, finalmente, la misma Comisión de Constitución la que presentó un nuevo redactado del que sería definitivamente artículo 76, incorporando esta disposición final en el apartado e) de dicho artículo. Todo ello como “modélico diseño de constitucionalización de las obligaciones del Pacto de la Sociedad de las Naciones”¹⁰⁵. Sin embargo, debe anotarse que, en este caso, de un lado, no se expresó un espíritu internacionalista tan claro en la justificación del texto finalmente propuesto por la Comisión de Constitución¹⁰⁶; y que, de otro lado, no se estableció expresamente en la Constitución, como cláusula de cierre, la obligación correlativa de publicación oficial de los tratados internacionales como condición para su validez en el ordenamiento interno¹⁰⁷.

En relación más directa con el tratamiento especial que la misma Constitución confería al Pacto de la Sociedad de las Naciones debemos referirnos ahora a lo que disponía el artículo 78 que preveía que “[E]l Presidente de la República no podrá cursar el aviso de que España se retira de la Sociedad de las Naciones sino anunciándolo con la antelación que exige el Pacto de esa Sociedad, y mediante previa autorización de las Cortes, consignada en una ley especial, votada por mayoría absoluta”. La disposición, que no estaba prevista en el proyecto de constitución, fue incorporada a partir de una enmienda de adición defendida por Salvador de Madariaga con el propósito de establecer ciertas limitaciones a la libertad que pudiera asumir el Presidente de la República para retirar a España de la Sociedad de las Naciones. Recordando el aviso de retirada que España cursó en 1926, Salvador de Madariaga indicaba que parecía necesario “que se rodease de ciertas garantías las relaciones entre la República española y la Sociedad de las Naciones, de modo que si llega un momento en que convenga a la República separarse de la Sociedad de Naciones, que lo haga de modo meditado, y no por una medida de Gobierno impulsiva del Poder ejecutivo, que conviene tenga la debida premeditación de la Cámara”¹⁰⁸.

104 A este respecto, el artículo 75 del proyecto, finalmente más desarrollado y convertido en el artículo 76, apartado e) de la Constitución, preveía respecto de los tratados que sería competencia del Presidente de la República “d) Negociar, firmar y ratificar los Tratados y Convenios internacionales, que solo obligarán a la Nación en el caso de que no contengan cláusulas secretas, hayan sido aprobados por una ley y estén registrados en la Sociedad de las Naciones” (vid. el proyecto de constitución en *loc. cit.*).

105 Vid. REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior ...*, op. cit., p. 204.

106 Clara Campoamor justificaba la nueva versión del proyecto de artículo respecto de los tratados secretos —y no sólo respecto de las cláusulas secretas—, en el sentido de que, si sólo se hablaba de cláusulas secretas, “¡qué filón más maravilloso para un Gobierno o para un ministro, a los cuales bastaría clavar en un Tratado una cláusula secreta insignificante para en el momento en que quisieran deshacerlo darla a la publicidad!” (vid. su intervención en *DSCC*, Núm. 67, de 3 de noviembre de 1931, p. 2093).

107 Como exige actualmente el artículo 96.1 de la Constitución de 1978 y, desde 1974, el artículo 1.5 del Código Civil.

108 Vid. su intervención en *DSCC*, Núm. 67, de 3 de noviembre de 1931, p. 2097-2098.

No dejaba de ser excepcional que se plantease específicamente la hipotética retirada de España de la Sociedad de las Naciones en el mismo texto constitucional en la medida en que, de un lado, ya estaba establecido el procedimiento y los efectos o la antelación requerida en el artículo 1 del Pacto¹⁰⁹; y, de otro lado, no se prohibía en la Constitución que esta hipotética retirada pudiera llevarse a cabo. En todo caso, no hay duda de que la relativa cercanía del amago de la retirada de España como miembro de la Sociedad de las Naciones se hallaba en el trasfondo de esta disposición, que pretendía evitar, así, la repetición de los “tartarinescos episodios” ocurridos en 1926¹¹⁰. En este sentido, la segunda frase del párrafo que conformaba el artículo 78 establecía las condiciones o garantías de Derecho interno necesarias para poder cursar el aviso de retirada: la previa autorización de las Cortes que, asimismo, debía estar consignada en una ley especial votada por mayoría absoluta. Además de reducirse, de nuevo, la competencia del Presidente de la República a un aspecto meramente formal, aquello que resultaba relevante de esta disposición era que se trataba de uno de los escasos supuestos en los que la Constitución requería la mayoría absoluta de las Cortes. Lo que denotaba, cuando menos, la voluntad de los constituyentes de visibilizar el carácter reforzado del compromiso de España con la Sociedad de las Naciones y su pertenencia a la misma.

CONCLUSIONES

La Constitución republicana de 1931 fue elaborada en pocos meses y, vista en la perspectiva jurídica-internacional utilizada en este trabajo, evidencia algunas deficiencias técnicas y sistemáticas en relación con las disposiciones que han sido objeto de estudio. Sin embargo, desde esta misma perspectiva, contenía también algunas importantes disposiciones, auténticas innovaciones en el ordenamiento jurídico español, que confluían con las más relevantes tendencias del Derecho Internacional de las primeras décadas del siglo XX, y que iban, incluso, más allá, quizás con un excesivo idealismo. En este sentido, no hay duda de que significó una genuina expresión de internacionalismo constitucional muy avanzada para su época, conteniendo previsiones que por primera vez se incorporaban en un texto constitucional. Su limitada vigencia temporal y el mismo complejo entorno internacional de los años treinta del siglo XX imposibilitaron, sin embargo, su completo despliegue y dificultan una valoración en el tiempo del posible desarrollo, evolución e impacto de sus idealistas y multilateralistas enunciados. En todo caso, a título conclusivo, cabe subrayar tres ideas principales de lo desarrollado en este estudio.

En primer lugar, debe destacarse el firme compromiso de la República española con la Sociedad de las Naciones que, de manera reiterada, se reflejaba en el texto constitucional de 1931.

109 Es decir, un período de dos años desde que se anunciaba hasta que la retirada resultaba efectiva. El artículo 1, párrafo tercero, del Pacto de la Sociedad de las Naciones establecía que “[T]odo miembro de la Liga podrá, previa denuncia hecha con dos años de anticipación, retirarse de la Liga, siempre que en el momento de su retiro haya dado cumplimiento a todas sus obligaciones internacionales y a todas sus obligaciones de este Pacto”.

110 Vid., por ejemplo, ORÚE ARREGUI, J.R. DE, “Preceptos internacionales en la Constitución ..”, *op. cit.*, p. 312, y HUDSON, M.O., “The Spanish Constitution ..”, *op. cit.*, p. 580.

En algunas ocasiones, con referencia directa a esta Organización internacional, a su pacto constitutivo o a su articulación jurídico-institucional. En otras ocasiones, de manera más indirecta, incorporando el espíritu de modernización del sistema internacional y de primigenia elaboración de lo que hoy constituyen algunos de los principios estructurales del Derecho Internacional que ya anidaba en el seno de la Sociedad de las Naciones desde su creación en 1919. No obstante, lo cierto es que las carencias intrínsecas de esta Organización y el contexto internacional, con diversos conflictos bélicos y con la eclosión de regímenes fascistas y autoritarios, pusieron en entredicho y debilitaron enormemente la labor de la Sociedad de las Naciones. Un epítome de ello, al menos a nuestros efectos, lo constituyó la contradicción que significó que, pese al intenso compromiso de la España republicana con la Sociedad de las Naciones, la sublevación franquista y la consiguiente Guerra Civil fueran despachadas con la ignominiosa política de la no intervención.

En segundo lugar, ha de destacarse el reconocimiento del principio de la renuncia a la guerra y su constitucionalización en el artículo 6 de la Constitución republicana, respondiendo al contenido y al impacto del entonces reciente Pacto Briand-Kellogg o Tratado de París de 1928 y que constituía, en aquel momento, una disposición absolutamente novedosa, que no estaba presente todavía en ninguna otra constitución nacional. Esta constitucionalización del Tratado de París se complementaba con la constitucionalización también de los principios del Pacto de la Sociedad de las Naciones en relación con la limitación del uso de la fuerza, con el uso, en su caso, de todos los medios defensivos pacíficos disponibles y con la priorización de los diversos mecanismos de arreglo pacífico de controversias internacionales, tanto los establecidos en el marco de la Sociedad de las Naciones como cualesquiera otros que España hubiera acordado con otros Estados, y que ya tuvieron hitos significativos en las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y de 1907. Todo ello constituía un auténtico fortalecimiento, en el plano del derecho constitucional interno, hacia la evolución y desarrollo de los actuales principios de prohibición de la amenaza y uso de la fuerza y de obligación del arreglo pacífico de las controversias internacionales que establecen la Carta de las Naciones Unidas.

En tercer lugar, resulta pertinente referirse al reconocimiento o incorporación automática en el ordenamiento interno español de las normas universales del Derecho Internacional, formulado de manera expresa, aunque con alguna confusión, en el artículo 7 de la Constitución republicana. Esta disposición, junto con las otras relacionadas con la recepción de los tratados internacionales en el ordenamiento interno español, dejaba meridianamente clara tanto la primacía del Derecho Internacional respecto del Derecho interno y la jerarquía suprallegal de los tratados internacionales como el carácter automático o directo de su incorporación en el derecho español.

En todo caso, cabe indicar que estos tres aspectos considerados como los más relevantes evidencian también, al mismo tiempo, que la Constitución de 1931 resultaba más avanzada y comprometida internacionalmente y con el Derecho Internacional —al menos en su texto escrito— que la vigente Constitución de 1978. Ésta, sin embargo, permite también deducir de su contenido y de su aplicación democrática en estos cuarenta y cinco años de vigencia estos compromisos de España con el internacionalismo, el multilateralismo, el pacifismo y, en definitiva, con el Derecho Internacional. Aunque, como constantemente ha reiterado —desde el minuto uno— la doctrina iusinternacionalista española, hubiera sido deseable que el actual

texto constitucional hubiera incorporado una mayor consideración escrita del Derecho Internacional y de sus principios estructurales. Como había hecho, cuarenta y siete años antes, la Constitución republicana de 1931.

EL CRITERIO DE “LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS” EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE INFRACCIÓN DE MARCAS DE LA UNIÓN: LA STJUE C-104/22 LÄNNEN MCE

THE “TARGETED ACTIVITIES” CRITERION IN DETERMINING JURISDICTION IN THE FIELD OF EU TRADE MARK INFRINGEMENTS: THE JUDGEMENT OF THE CJEU C-104/22 LÄNNEN MCE

JACOPO GIORDANO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL *FORUM DELICTI COMMISSI* EN LAS CONTROVERSIAS SOBRE INFRACCIÓN DE MARCAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. III. EL ASUNTO LÄNNEN. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: La Sentencia del TJUE C-104/22 en el asunto *Lännen* muestra como la teoría de las “actividades dirigidas” es un criterio interpretativo bien consolidado en la jurisprudencia del TJUE relativa a la aplicación del art. 125.5 del Reglamento sobre la Marca de la Unión Europea. Por un lado, nos indica la exigencia de delimitar cuáles son las actividades que pueden considerarse dirigidas a efectos de determinar la competencia judicial en materia de infracción de marca en línea. Por otro lado, nos lleva a reflexionar sobre la oportunidad de mantener un criterio distinto, el de la “accesibilidad”, en materia de infracción de marcas nacionales, y sobre las razones por las que el TJUE insiste en aplicar criterios distintos dependiendo del tipo de marca objeto de litigio. Tal vez la razón estriba en la distinta interpretación que el TJUE proporciona en relación con el *forum delicti commissi* recogido en el art. 7, n. 2 del Reglamento Bruselas I bis, y su aplicación a las controversias relativas a derechos de propiedad intelectual e industrial nacionales.

ABSTRACT: The judgment of the CJEU C-104/22 in the *Lännen* case shows that the “targeted activities” theory is well-established in the CJEU case law concerning the application of Article 125.5 of the EU Trade mark Regulation. On the one hand, it brings up the issue of defining the precise scope of the activities which can be considered as targeted for the purposes of determining jurisdiction over online trade mark infringement. On the other hand, questions arise as to the convenience of maintaining the “accessibility” criterion where national trade mark infringement is concerned and the reasons why the CJEU insists on applying separate criteria depending on the type of trade mark in dispute. Perhaps the reason lies in the different interpretation that the CJEU provides in relation to the *forum delicti commissi* set out in Article 7, n. 2 of the Brussels I bis Regulation, and its application to disputes concerning national intellectual property rights.

PALABRAS CLAVES: Competencia judicial en infracción de marcas – Infracción de marcas por Internet – *Forum delicti commissi* – Asunto C-104/22 *Lännen* – Criterio de las “actividades dirigidas”.

Fecha de recepción del trabajo: 29 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 13 de noviembre de 2023.

* Doctorando en Derecho Internacional Privado en la Universitat de València. Consultor externo (Capgemini Invent) en el Departamento de Cooperación Internacional de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), giorja@alumni.uv.es. Todas las páginas web mencionadas en este trabajo se han consultado una última vez el 27/11/2023.

KEYWORDS: *Jurisdiction in Trade mark Infringement – Trade mark Infringement on the Internet – Forum delicti commissi – Case C-104/22 Lännen – “Targeted activities” criterion.*

I. INTRODUCCIÓN

1. En los supuestos de infracción de derechos de propiedad intelectual¹ (en adelante DPI) a través de Internet han adquirido gran relevancia en la jurisprudencia del TJUE los llamados criterios de la “accesibilidad” y de las “actividades dirigidas”. Son criterios que se utilizan para verificar si una violación de un DPI en línea se produce en un determinado Estado miembro (en adelante, EM) a efectos de determinar la competencia judicial de los tribunales de ese estado. Como veremos, el TJUE emplea el criterio de la “accesibilidad” en materia de infracción de marcas nacionales², mientras que en el ámbito de las infracciones de la marca de la Unión se ha decantado por el criterio de las “actividades dirigidas”³. En la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Lännen* de 27 de abril de 2023⁴, se pretende definir el verdadero alcance de ese último criterio, esto es, cuándo las actividades en línea —un anuncio publicitario o una oferta de venta— pueden efectivamente considerarse dirigidas a un determinado EM.

2. En el presente trabajo se analizará dicha cuestión prejudicial y, con carácter general, el desarrollo del criterio de las “actividades dirigidas” en la jurisprudencia del TJUE frente a la teoría de la “accesibilidad” la cual, como hemos observado, sigue siendo empleada en materia de infracción de marcas nacionales. A este respecto, examinaremos con carácter preliminar el factor de conexión del *forum delicti commissi* tal y como ha sido consagrado en el art. 7, n. 2 del Reglamento Bruselas I bis⁵ y en el art. 125.5 del Reglamento sobre la Marca de la Unión Europea⁶ (en adelante, RMUE). Se observará como el diferente camino interpretativo emprendido por el TJUE en relación con esas dos normas se refleja en la utilización de los criterios de la “accesibilidad” y de las “actividades dirigidas” a la hora de localizar la infracción o hecho dañoso a efectos de determinar la competencia judicial.

1 A los efectos del Derecho de la Unión, la locución “propiedad intelectual” incluye tanto la propiedad industrial como la propiedad intelectual.

2 STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220; STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635; STJUE de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, ECLI:EU:C:2015:28.

3 STJUE de 12 de julio de 2011, *L’Oréal y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474; STJUE, STJUE de 5 de septiembre de 2019, *AMS Neve y otros*, C-172/18, ECLI:EU:C:2019:674; STJUE de 27 de abril de 2023, *Lännen MCE*, C-104/22, ECLI:EU:C:2023:343.

4 STJUE, *Lännen*, *cit.*

5 Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE 351 de 20 de diciembre de 2012.

6 Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, DOUE 154 de 16 de junio de 2017.

II. EL FORUM DELICTI COMMISSI EN LAS CONTROVERSIAS SOBRE INFRACCIÓN DE MARCAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

3. Uno de los criterios de atribución empleados en el Derecho Internacional Privado europeo (en adelante, DIPr) para identificar el tribunal competente en relación con las controversias de naturaleza extracontractual es el del “lugar en el que se haya producido el hecho dañoso”. Se trata de un foro de carácter especial y alternativo, que acompaña al foro general del “domicilio del demandado”. En este sentido, dado que las obligaciones que produce la vulneración de un derecho marcario poseen naturaleza extracontractual, el *forum delicti commissi* encuentra aplicación también en los litigios sobre infracción de marcas, si bien se encuentra ordenado por medio de distintas normas según la controversia tenga por objeto una marca nacional o una marca de la Unión Europea⁷ (en adelante, marca de la Unión).

4. Por un lado, tenemos el art. 7, n. 2 del Reglamento Bruselas I bis, que recoge la regla general sobre el foro alternativo competente en materia de obligaciones extracontractuales, y que encuentra aplicación en los supuestos en que nos encontremos con la violación de una marca nacional. Por otro lado, la norma atributiva de carácter alternativo que regula la competencia judicial en materia de infracción de la marca de la Unión se encuentra en el art. 125.5 del RMUE⁸. No obstante, lo cierto es que tales normas cuentan con un alcance interpretativo y aplicativo diferente en la jurisprudencia del TJUE.

De este modo, en primer lugar, su propia formulación literal denota una distinción inmediatamente perceptible: mientras que el art. 7, n. 2 de Bruselas I bis indica como factor de conexión “el lugar de producción del hecho dañoso”, el art. 125.5 del RMUE se acoge al “lugar en el que se ha cometido el hecho de violación”. Es un matiz importante, especialmente si la infracción se produce en un medio digital, si se tiene en cuenta la llamada teoría de la “ubicuidad” que acompaña la interpretación del art. 7, n. 2 de Bruselas I bis.

En segundo lugar, el TJUE emplea dos criterios distintos para localizar la infracción o el hecho dañoso —y, por ende, el tribunal competente— en relación con las controversias sobre infracción de marcas en línea. Así, cuando los litigios involucran marcas nacionales utiliza el criterio de la “accesibilidad”, conforme al cual el tribunal competente será el del país en que las actividades en línea supuestamente infractoras sean accesibles por los usuarios de ese país. En cambio, si se trata de controversias relativas a la marca de la Unión, el TJUE exige que esas actividades estén dirigidas a ciertos usuarios para que los tribunales del Estado en el que se hallen estos últimos puedan declararse competentes.

5. A continuación, examinaremos, por un lado, las diferencias entre la interpretación que han recibido el art. 7, n. 2 del Reglamento Bruselas I bis y el art. 125.5 del RMUE y, por otro lado,

7 Para una profundización sobre las reglas de competencia judicial internacional en materia de infracción de DPI nacionales y unitarios, TORSTEN, B., L., *Intellectual Property Jurisdiction Strategies: Where to Litigate Unitary Rights vs National Rights in the EU*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 60-77.

8 Sobre las normas de competencia judicial especial en materia de infracción de marca de la Unión, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 144-151.

los distintos criterios que el TJUE utiliza cuando se trata de localizar las infracciones de marca en línea. Veremos cómo los distintos planteamientos del tribunal de Luxemburgo, según la controversia se refiera a un derecho marcario nacional o unitario, produce consecuencias prácticas poco deseables, especialmente si se tiene en consideración que, al final y al cabo, las infracciones de una marca nacional y de una marca de la Unión plantean las mismas problemáticas, las cuales, por lógica, exigen univocidad de soluciones.

1. Lugar del hecho dañoso vs lugar de la infracción

6. Como se acaba de exponer, el tenor literal del art. 7, n. 2 del Reglamento Bruselas I bis difiere del art. 125.5 del RMUE. Este último nos habla de “lugar de la violación”, mientras que el primero escoge como criterio de atribución “el lugar del hecho dañoso”. Lo cierto es que ambos criterios, desde un punto de vista de exégesis literal, no presentan diferencias sustanciales, pese a que el TJUE extrae conclusiones en buena medida distintas. En este sentido, el TJUE ya declaró en sus célebres sentencias *Mines de potasse d’Alsace*⁹ y *Shevill*¹⁰ que el lugar del hecho dañoso se refiere tanto al lugar donde se ha producido el daño como al lugar del hecho que ha causado ese daño, de modo que el demandado puede ser emplazado ante los tribunales que se hallen en ambos lugares¹¹. Por su parte, la interpretación del art. 125.5 ha tomado un recorrido separado y distinto, haciendo hincapié exclusivamente en el hecho de infracción¹². Una interpretación autónoma consentida por el carácter de *lex specialis* del RMUE¹³, cuyas normas poseen prioridad aplicativa sobre las del Reglamento Bruselas I bis, tal y como se infiere del art. 67 de este último Reglamento¹⁴ y del art. 122 del propio RMUE.

7. Por lo que se refiere al art. 7, n. 2 del Reglamento Bruselas I bis, cabe destacar que la teoría de la ubicuidad que caracteriza la interpretación de esa norma resulta singularmente conveniente en ciertos casos. Como así sucede, por ejemplo, en materia de daño medioambiental o vulneración de derechos de la personalidad¹⁵. No obstante, la aplicación generalizada del art.

9 STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace.*, C-21/76, apartados 24 y 24, ECLI:EU:C:1976:166.

10 STJCE de 7 de marzo de 1995, *Shevill y otros/Press Alliance*, C-68/93, apartado 20, ECLI:EU:C:1995:61.

11 Téngase en cuenta que *Mines de potasse d’Alsace* y *Shevill* tenían por objeto, respectivamente, una infracción medioambiental y una violación de un derecho de la personalidad.

12 STJUE de 5 de junio de 2014, *Coty Germany*, C-360/12, apartados 28 a 37, ECLI:EU:C:2014:1318.

13 Conclusiones del Abogado General Niilo Jääskinen de 21 de noviembre de 2013, *Coty Germany*, C-360/12, apartado 36, ECLI:EU:C:2013:764.

14 Así reza el art. 67 del Reglamento Bruselas I bis: “El presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos”. Para un análisis del mecanismo de coordinación del art. 67 del Reglamento Bruselas I bis con los instrumentos normativos de la UE en materia de DPI unitarios, véase PALAO MORENO, G., “Article 67 Brussels I bis regulation and intellectual property litigation in the field of European Union Trade Mark and Community design: European and Spanish practice”, en *Brussels I bis Regulation and Special Rules Opportunities to Enhance Judicial Cooperation*, Gioacchino Onorati Editore, Roma, 2021, pp. 155-173.

15 Sobre la competencia judicial internacional en materia de infracción de derechos de la personalidad, CASTELLÓ PASTOR, J.J., *Daños digitales y derechos de la personalidad: determinación del tribunal compe-*

7, n. 2 de Bruselas I bis, tal y como interpretado por el TJUE, a los litigios sobre marcas nacionales no parece constituir la solución más adecuada a ese tipo de controversias.

En efecto, la naturaleza del derecho marcario, en su calidad de DPI, implica que tanto el daño como el hecho que lo produce se materialicen en el mismo territorio¹⁶. Esta es una consecuencia directa del principio de territorialidad de los DPI, el cual hace que su infracción y el daño correspondiente puedan producirse exclusivamente en el país en el que existen y en el que son susceptibles de protección¹⁷. Tanto es así que el art. 8.2 del Reglamento Roma II¹⁸, en materia de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, dispone de una regla *ad hoc* en los supuestos de infracción de DPI nacionales y unitarios. Para estos últimos el legislador europeo ha escogido el lugar de infracción¹⁹, pese a que el principio general empleado es el de la *lex loci damni*²⁰. El hecho de que existan factores de conexión distintos²¹, según la controversia involucre o menos un DPI, es una clara muestra de la voluntad de excluir la aplicación de la teoría de la ubicuidad en materia de ley aplicable.

Asimismo, la *lex loci protectionis*²² utilizada en relación con la infracción de DPI nacionales (ex art. 8.1, Reglamento Roma II) refleja la misma lógica. Esto es, que la infracción y el daño coexisten en el país en el que el DPI existe o está registrado. La solución adoptada en el ámbito de la determinación de la ley aplicable nos muestra que el criterio de la ubicuidad no debería tener cabida en las controversias relativas a infracción de marcas. Pese a ello, el TJUE emplea ese criterio a la hora de determinar la competencia judicial en materia de infracción de marcas nacionales.

8. A modo de ejemplo, en el asunto *Wintersteiger*²³, el TJUE sostuvo que en el supuesto en que se alegara la vulneración de una marca nacional como consecuencia de la exhibición en Internet de un anuncio publicitario, había de considerarse como hecho causal no la exhibición de la publicidad en sí misma, sino el desencadenamiento del proceso técnico de exhibición

tente en conflictos internacionales originados en la red, Aranzadi, Cizur Menor, 2022; NAGY, C., I., “The word is a dangerous weapon: Jurisdiction, Applicable law and Personality Rights in EU law —missed and new opportunities”, *Journal of Private International Law*, Vol. 8(2), 2012, pp. 251-296.

16 En este sentido, véase KUR., A., “Abolishing Infringement Jurisdiction for EU Marks? – The Perfume Marks Decision by the German Federal Court of Justice”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 49, pp. 452-465, pp. 456-457.

17 BASEDOW, J. “Foundations of Private International Law in Intellectual Property”, en BASEDOW, J., KONO, T, METZGER, A., *Intellectual Property in the Global Arena*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 24, pp. 3-29.

18 Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, DOUE 199 de 31 de julio de 2007.

19 El TJUE lo confirma en la sentencia *Nintendo*, STJUE de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo*, C-24/15 y C-24/16, apartado 98, ECLI:EU:C:2017:724.

20 Conforme al cual la ley aplicable a la infracción será la ley del país en el que se haya producido el daño.

21 Que constituyen un factor de conexión único en la interpretación del art. 7, n. 2 del Reglamento Bruselas I bis por parte del TJUE.

22 Conforme al cual la ley aplicable a una infracción relativa a un DPI nacional será la del país para cuyo territorio se reclama la protección.

23 STJUE, *Wintersteiger*, cit., apartados 27, 34, 35 y 36.

de ese anuncio²⁴. Los tribunales del lugar en que se lleva a cabo el acto inicial de ese proceso tienen, por lo tanto, competencia en cuanto jueces del lugar del acto de infracción. En cambio, el anuncio publicitario constituiría el daño, por lo que los jueces del lugar en que se produce el daño —en esencia, el Estado en que la marca está registrada²⁵— resultaban también competentes para conocer del asunto.

La argumentación del TJUE suscita ciertas dudas en la medida en que parece confundir el daño con el hecho de violación²⁶, y califica a este último como la actividad material generadora del daño. En concreto, el TJUE considera como “hecho de violación”, por ejemplo, la actividad de subir contenido infractor en la *web*, y como “daño” el hecho de que ese contenido llegue a ser consultado por usuarios de un Estado en el que dicho contenido está protegido por un DPI²⁷. Por lo contrario, tal y como sostiene el propio tribunal en su jurisprudencia en materia de infracción de marca de la Unión, el acto de infracción tendría lugar en el momento en que el contenido subido en la *web* alcanzara a los consumidores y comerciantes a los que estaba dirigido²⁸. Sin embargo, la actividad “preliminar” de *uploading* del contenido en la *web* no tendría más relevancia de los que tienen unos actos preparatorios anteriores a la comisión de una violación. En definitiva, el Estado en el que se llevase a cabo la actividad preparatoria o, en palabras del TJUE, el hecho generador inicial de la infracción, contaría con poca o ninguna relación con el litigio.

9. Lo cierto es que el TJUE admitió la posibilidad de escindir el hecho de infracción y el daño incluso en su jurisprudencia sobre infracción de marca de la Unión. En esta línea, si bien dictada en materia de ley aplicable, las conclusiones alcanzadas en la sentencia *Nintendo*²⁹ encuentran perfecta aplicación en materia de competencia judicial, debido a la lógica idéntica sobre la que estriban los factores de conexión recogidos en los arts. 8.2 del Reglamento Roma II y 125.5 del RMUE. En concreto, el tribunal europeo mantuvo que es el acto inicial generador de la infracción el criterio de conexión decisivo para la determinación de la ley aplicable³⁰, e identificó ese acto inicial en el comienzo del proceso de publicación de la oferta de venta, alineándose de tal manera con la jurisprudencia *Wintersteiger*.

Cabe destacar, a este respecto, que en la sentencia *Nintendo* el propósito del TJUE era evitar el fenómeno que produce la aplicación estricta del art. 8.2 del Reglamento Roma II en los supuestos de pluralidad de infracciones en distintos EEMM, conocido como “mosaico de leyes”³¹. Puesto que la infracción se había producido en distintos Estados, el criterio menos ar-

24 STJUE, *Wintersteiger*, *cit.*, apartado 34.

25 STJUE, *Wintersteiger*, *cit.*, apartado 27.

26 STJUE, *Wintersteiger*, *cit.*, apartados 27, 34, 35 y 36.

27 Otra cuestión es que ese daño o infracción se entienda producido a raíz de la sola accesibilidad de un contenido en línea, lo que será objeto de análisis en el apartado sucesivo.

28 STJUE, *AMS Neve y otros*, *cit.*, apartado 54.

29 STJUE, *Nintendo*, *cit.*

30 De acuerdo con el TJUE, para identificar el hecho generador del daño no es necesario referirse a cada acto de infracción, sino que basta con apreciar de manera global el comportamiento del demandado a efectos de determinar el lugar en que se cometió el acto de infracción inicial.

31 En esos supuestos la interpretación literal del art. 8.2 lleva a la aplicación de tantas leyes cuantos son los Estados en los que se ha cometido la infracción. En efecto, si bien consideramos que la separación de infracción y daño en relación con los DPI es ontológicamente imposible, esto no quiere decir que una

bitrario para determinar la aplicación de una única ley³² era escoger el lugar en el que se había llevado a cabo la actividad preliminar que ha generado esas multitudes de infracciones³³. En efecto, el TJUE matizó posteriormente esa interpretación en la sentencia *Acacia*³⁴, en la que “el lugar donde tiene inicio la actividad de la que se ha derivado la infracción” no se tuvo en cuenta a efectos de determinar la ley aplicable, si bien por razones distintas de las expuestas en esta sección³⁵.

2. Criterio de la “accesibilidad” vs criterio de las “actividades dirigidas”

10. Entre las numerosas cuestiones que plantean las infracciones de marca en línea una de las más problemáticas es la identificación del hecho que produce la vulneración del derecho marcario y, por ende, la localización de ese hecho a efectos de determinar el tribunal competente a pronunciarse sobre el litigio. Como ya hemos afirmado con anterioridad, localizar el hecho no constituye en sí una actividad distinta y separada de la identificación de la infracción propiamente dicha. El hecho que genera la infracción, el daño o más sencillamente la infracción, son todas locuciones o términos que se presentan como sinónimos en el marco de la interpretación del *forum delicti commissi* en materia de infracción de DPI que se propone en este trabajo.

11. En definitiva, se observa como el TJUE ha adoptado distintas direcciones interpretativas a la hora de determinar cuándo una actividad supuestamente infractora en línea fundamenta la competencia judicial de acuerdo con el criterio de conexión del lugar de infracción/daño. Tal y como se ha mencionado anteriormente, el TJUE emplea el criterio de la “accesibilidad” cuando la controversia versa sobre la infracción de una marca nacional. Sin embargo, lo que no se ha mencionado son los riesgos inherentes a la aplicación de semejante criterio. En efecto, Internet tiene alcance planetario, por lo que la simple publicación de una oferta comercial en un sitio *web*, con independencia, por ejemplo, del dominio nacional de primer nivel o del idioma utilizado, es susceptible de legitimar la competencia judicial de los tribunales de cualquier estado.

infracción no pueda poseer carácter ubicuo, y por lo tanto llevar a la aplicación de distintas leyes o a la competencia judicial de tribunales distintos.

32 Evitando así la aplicación preferencial de la ley de un EM específico en lugar de la ley de otro.

33 Aunque también en ese lugar (Alemania) se había producido una infracción propiamente dicha, puesto que la oferta de venta por Internet estaba dirigida también a los consumidores alemanes.

34 STJUE de 3 de marzo de 2022, *Acacia*, C-421/20, apartados 48 y 49, ECLI:EU:C:2022:152. De manera similar a la sentencia *Nintendo*, esa resolución versaba sobre la interpretación del art. 8.2 del Reglamento Roma II en materia de ley aplicable a los DPI unitarios.

35 En ese caso, las únicas infracciones reclamadas eran las ofertas de venta dirigidas a Alemania. Las eventuales infracciones que se hubieran llevado a cabo en Italia no formaban parte del objeto del litigio. La aplicación de la ley italiana había sido invocada, por lo tanto, exclusivamente por razón de la actividad material de publicación en Internet de las ofertas de venta, la cual tuvo lugar en Italia. Ha de señalarse, no obstante, que el TJUE excluyó la aplicabilidad de la ley italiana tan solo porque el tribunal alemán tenía competencia en virtud del *forum delicti commissi* y no por la irrelevancia intrínseca de los actos realizados en Italia.

Es un enfoque que, en definitiva, es susceptible de menoscabar principios muy significativos del DIPr europeo, como son la seguridad jurídica, la buena administración de la justicia, y el principio de proximidad al litigio. Una aproximación que se traduciría, además, en una vulneración evidente del derecho a la tutela judicial efectiva del demandado, que se vería potencialmente sujeto a la jurisdicción de los tribunales de cualquier EM. Un escenario verosímil especialmente cuando el demandante posea recursos suficientes para demandar en EEMM distintos; obligando al demandado, además, a aceptar acuerdos extrajudiciales contrarios a sus intereses³⁶. Así las cosas, los operadores comerciales se verían inhibidos a la hora de publicar una oferta de venta en línea utilizando un determinado signo comercial, aunque no tengan ninguna intención de vender sus productos o servicios en un Estado en el que la titularidad de ese signo pertenezca a otra empresa.

12. Por su parte, el criterio de las “actividades dirigidas” por el que se decanta el TJUE en los litigios que se refieren a la infracción de la marca de la Unión³⁷, supone una vinculación suficiente y sustancial entre las operaciones comerciales en línea y los tribunales de los EEMM. Una vinculación que, a su vez, garantizaría el objetivo de tutela judicial efectiva del demandado y el respeto de aquellos principios que, tal y como se ha mencionado previamente, el criterio de la “accesibilidad” vulnera: seguridad jurídica, proximidad al litigio y buena administración de la justicia.

13. Por lo que resulta de interés señalar que el hecho de verificar que determinadas actividades están destinadas a un Estado específico, no implica comprobar con absoluta certeza que dichas operaciones estén dirigidas a un Estado concreto. Es decir, que la determinación de la competencia judicial no requiere que se verifique la existencia efectiva de una infracción, puesto que esa es una cuestión relativa al fondo del asunto. Sino que bastaría con que existieran dudas fundamentadas acerca de la probabilidad que ciertas actividades en línea estuvieran destinadas a ciertos consumidores³⁸.

14. Los elementos sobre los cuales dichas dudas pueden basarse son varios y dependerán de cada caso concreto. Así, destaca a este respecto la Recomendación conjunta de 2001³⁹ de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), donde se enumeran, en su art. 3, una serie de factores a tener en cuenta a efectos de determinar cuándo el uso de un signo en

36 TORREMANS, P., “Jurisdiction in Intellectual Property Cases”, en TORREMANS, P. (ed.), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 381-420, p. 387.

37 El cual cuenta con amplio respaldo doctrinal. Véase, entre otros, CLIP Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, elaborados en 2011 por el *European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property* (véase el art. 2:202); BETTINGER, T. y THUM, D., “Territorial Trademark Rights in the Global Village – International Jurisdiction, Choice of Law and Substantive Law for Trademark Disputes on the Internet”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 31, 2000, pp. 162-182; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(2), 2017, Madrid, pp. 223-256.

38 STJUE, *Länmen*, cit, apartados 37-39.

39 Recomendación conjunta sobre la protección de las marcas, y otros derechos de propiedad industrial sobre signos en Internet adoptada por la OMPI el 3 de octubre de 2001, Doc. OMPI SCT/7/2.

Internet puede producir un efecto comercial en un determinado estado⁴⁰. El propio TJUE, en su jurisprudencia sobre la determinación de la competencia judicial en materia de infracción de marca de la Unión, ha elaborado una serie de factores cuya existencia es susceptible de evidenciar el carácter dirigido del uso de cierto signo protegido en Internet⁴¹. Pues bien, en este complejo contexto, la sentencia que examinaremos a continuación se enmarca precisamente en esa línea jurisprudencial, y aborda la cuestión de definir con exactitud cuando puede considerarse que ciertas actividades llevadas a cabo en línea están dirigidas a un EM específico.

III. EL ASUNTO LÄNNEN

1. Antecedentes de hecho

15. El pasado 27 de abril 2023 el TJUE se ha pronunciado en el asunto C-104/22 – *Lännen MCE*⁴² sobre una cuestión prejudicial relativa al ámbito aplicativo del art. 125, apartado 5 del

40 Esos factores son los siguientes:

- a) las circunstancias indicativas de que el usuario de un signo está realizando o ha emprendido planes de envergadura para realizar operaciones comerciales en el Estado miembro en relación con productos o servicios idénticos o similares a aquellos para lo que se usa el signo en Internet;
- b) el nivel y carácter de la actividad comercial del usuario en relación con el Estado miembro, entre los que cabe mencionar: i) si el usuario está realmente prestando un servicio a clientes que se encuentran en el Estado miembro o ha entablado alguna otra relación por motivos comerciales con personas que se encuentran en el Estado miembro; ii) si el usuario ha declarado, conjuntamente con el uso del signo en Internet, que no tiene intención de entregar los productos o prestar los servicios ofrecidos a clientes que se encuentren en el Estado miembro, y si suscribe los objetivos de la declaración; iii) si el usuario ofrece actividades de posventa en el Estado miembro, como garantías o servicios; iv) si el usuario emprende en el Estado miembro otras actividades comerciales relacionadas con el uso del signo en Internet pero que no se llevan a cabo a través de Internet;
- c) la conexión de una oferta de productos o servicios por Internet con el Estado miembro, con inclusión de: i) si los productos o servicios ofrecidos o prestados pueden ser entregados legalmente en el Estado miembro; ii) si los precios están indicados en la moneda oficial del Estado miembro;
- d) la conexión existente entre la manera en que se utiliza el signo en Internet, y el Estado miembro, con inclusión de: i) si el signo se utiliza conjuntamente con medios de contacto interactivos accesibles a los usuarios de Internet en el Estado miembro; ii) si el usuario ha indicado, conjuntamente con el uso del signo, una dirección, un número de teléfono u otro medio de contacto en el Estado miembro; iii) si el signo es utilizado en relación con un nombre de dominio de nivel superior que está registrado como código de país del Estado miembro según la Norma 3166 de la ISO; iv) si el texto utilizado conjuntamente con el uso del signo está en un idioma utilizado predominantemente en el Estado miembro; v) si el signo es utilizado conjuntamente con un sitio de Internet que haya sido realmente visitado por usuarios de Internet que se encuentren en el Estado miembro; e) la relación del uso del signo en Internet con un derecho sobre ese signo en el Estado miembro, indicando: i) si el uso está respaldado por ese derecho; ii) cuando el derecho pertenezca a otro, si el uso redundaría en un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la reputación del signo objeto de ese derecho, o lo menoscabaría injustificadamente.

41 A saber, el carácter internacional de la actividad, la utilización de una lengua o de una moneda distintas de la lengua o la moneda habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de posicionamiento en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros.

42 STJUE de 27 de abril de 2023, *Lännen MCE*, C-104/22, ECLI:EU:C:2023:343.

RMUE. Tal y como se acaba de mencionar, esa norma forma parte de aquel entramado normativo que regula la competencia judicial internacional en materia de infracción de la marca de la Unión. En concreto, instituye un foro alternativo al foro general del domicilio del demandado basándose en el *forum delicti commissi*, esto es, el lugar de comisión de la infracción.

16. La resolución objeto de análisis aborda un problema propio de la infracción de marcas en línea y, concretamente, la espinosa cuestión de la localización de las actividades de publicidad y oferta de venta de productos o servicios que infringen una marca registrada a efectos de determinar la competencia judicial internacional. Como se ha reseñado, el tribunal europeo habría adoptado, al menos por lo que respecta a las controversias relativas a la marca de la Unión, el criterio de las “actividades dirigidas”. En este sentido, para que pueda producirse una violación susceptible de atribuir la competencia judicial a un tribunal de un determinado estado, la publicidad y la oferta de venta de productos o servicios han de estar dirigidas a los consumidores o comerciantes de dicho estado.

17. En particular, la cuestión prejudicial planteada por el tribunal de lo mercantil finlandés (*markkinaoikeus*) el 14 de febrero de 2022 tenía como objetivo aclarar el ámbito material de ese criterio. En otras palabras, definir hasta qué punto las actividades de promoción llevadas a cabo en Internet se entienden dirigidas a un determinado estado. Los hechos a raíz de los cuales el juez finlandés habría planteado la cuestión prejudicial tenían como protagonistas, por un lado, a *Lännen*, sociedad domiciliada en Finlandia que fabrica y comercializa dragas anfibias con la marca de la Unión WATERMASTER y, por otro lado, a *Berky* y *Senwatec*, dos sociedades domiciliadas en Alemania y pertenecientes al mismo grupo de empresas.

18. *Lännen* presentó una demanda en Finlandia contra las dos sociedades alemanas reclamando una violación de su marca realizada mediante anuncios publicitarios destinados al público finlandés. En particular, reclamó que *Senwatec* se acogía a un servicio de posicionamiento de pago en Internet el cual, al escribir el término “Watermaster” en un motor de búsqueda que operaba bajo el dominio nacional de primer nivel finlandés (www.google.fi), le garantizaba como primer resultado de la búsqueda un anuncio publicitario *Google Adwords* de los productos de *Senwatec*. El tribunal finlandés señaló al respecto que, pese a que el anuncio publicitario no hacía ninguna referencia a Finlandia ni a la zona geográfica de entrega de los productos, el sitio *web* de *Senwatec* —al que conducía el enlace de ese anuncio— indicaba, en inglés, que sus productos se utilizaban en todo el mundo. Por otra parte, en el propio sitio *web* figuraba un mapa del mundo en el que se indican los países en los que la sociedad alemana desarrollaba su actividad, entre los que no constaba Finlandia.

Asimismo, a la sociedad *Berky* se le reclamaba el posicionamiento natural de imágenes de sus productos en el sitio *web* Flickr.com junto con la utilización de *meta tag* con la palabra clave “Watermaster”. Algo que permitía a los usuarios que digitaran esa palabra en el motor de búsqueda del sitio *web* www.google.fi encontrar un enlace que conducía a la página en la que se hallaban dichas imágenes. Además, las imágenes iban acompañadas de unos textos en inglés que contenían información relativa a esos productos. Ha de señalarse que el enlace, tal y como destacó el juez finlandés, no tenía naturaleza publicitaria, siendo los resultados de la búsqueda “orgánicos”, esto es, resultados cuyo orden depende de la relevancia que tienen en relación con el término buscado.

2. Decisión del TJUE

19. Para empezar, el TJUE se cercioró ante todo de recordar que el criterio adoptado para identificar una violación de marca en línea y, consecuentemente, para determinar la competencia judicial con arreglo al art. 125.5 del RMUE, era el criterio de las “actividades dirigidas”⁴³. A este respecto, a falta de elementos inequívocos para verificar si las actividades promocionales estaban dirigidas al público finlandés, el TJUE recordó que, para determinar la competencia judicial de acuerdo con la norma mencionada, no resultaba necesaria la absoluta certeza de que dichas actividades estuvieran efectivamente destinadas a Finlandia. Ello implicaría, en efecto, un examen del fondo de la cuestión, actividad que no pertenecía a la fase meramente procesal de verificación de la competencia. Era suficiente, por lo tanto, la existencia de elementos que permitían suponer razonablemente que ciertas actividades comerciales estaban dirigidas a cierto estado⁴⁴.

20. Así las cosas, en la sentencia se examinaron por separado los dos supuestos planteados por el tribunal de lo mercantil finlandés. La actividad llevada a cabo por *Senwatec* se considera dirigida —y por consiguiente susceptible de fundamentar la competencia del juez finlandés *ex* art. 125.5, RMUE— en cuanto, pese a la falta del elemento geográfico, existían otros criterios que, considerados en conjunto, llevaban a concluir con un grado de suficiente certeza que los anuncios publicitarios de la sociedad alemana tenían como destinatarios también los consumidores y comerciante finlandeses. El TJUE se sirvió para ello de su interpretación del art. 17, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I bis relativo al foro competente en materia de contratos de consumo, en la que enumera una serie de criterios⁴⁵ entre los cuales se hallan “los gastos en un servicio de posicionamiento en Internet” y “la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor”⁴⁶, supuestos de hecho que se materializaban en el caso en examen.

Por consiguiente, tal y como subraya el TJUE, la mera accesibilidad de un sitio *web* no era suficiente para la localización de la violación, sino que lo que resultaba decisivo era por lo tanto el pago al operador del sitio *web* con un dominio nacional de primer nivel finlandés para asegurarse un posicionamiento en primera línea entre los resultados de la búsqueda. El posicionamiento de pago constituiría, en definitiva, aquella conducta activa por medio de la que se discriminaría un sitio *web* meramente accesible por ciertos consumidores, de otro diseñado precisamente para captarlos⁴⁷. Las actividades llevadas a cabo por *Senwatec* fundamentarían, por tanto, la competencia judicial del tribunal de lo mercantil finlandés conforme al art. 125.5 del RMUE.

21. En cambio, en relación con la conducta de *Berky*, no se habría considerado como conducta activa el uso del signo protegido como *meta tag* en el sitio *web* [Flickr.com](https://www.flickr.com). En efecto, ese sitio *web* operaba con un dominio de primer nivel genérico —lo que no permite concluir que se

43 STJUE, *Lännen*, *cit.*, apartado 41.

44 Véase nota 38.

45 Véase nota 41.

46 STJUE, *Lännen*, *cit.*, apartado 46.

47 STJUE, *Lännen*, *cit.*, apartados 48-49.

dirige a un Estado específico— y, además, la sociedad alemana no recurría al posicionamiento de pago; esto es, el *meta tag* utilizado tenía tan solo la función de permitir a los motores de búsqueda identificar mejor las imágenes publicadas en ese sitio *web*. Por tanto, el posicionamiento natural, de por sí, no resultaba suficiente para demostrar que las actividades comerciales estaban dirigidas a un determinado estado, pues resultaba necesario incorporar criterios adicionales para ello⁴⁸. Por consiguiente, el TJUE no llegó a considerar que las actividades de *Berky* recayeran en el ámbito aplicativo del art. 125.5 del RMUE.

3. Análisis jurídico

22. Tras recordar que la jurisprudencia en materia de infracciones en línea de marca de la Unión recurre al criterio de las “actividades dirigidas” para determinar la competencia judicial con arreglo al art. 125.5 del RMUE, el *iter* argumentativo seguido por el TJUE continúa con la debida aclaración de que, a la hora de verificar su competencia judicial, no se le puede exigir al tribunal de que se trate un minucioso examen del fondo de la cuestión. Sin lugar a dudas, ésta es una puntualización importante en la medida en que si bien, por un lado, la mera accesibilidad a un contenido en línea no es suficiente para atribuir la competencia judicial; por otro lado, no resulta preciso comprobar con absoluta certeza que las actividades comerciales estén efectivamente dirigidas a un determinado estado. De hecho, el propio TJUE afirma que es suficiente la existencia de elementos que fundamentan una suposición razonable del hecho que determinadas actividades comerciales están destinadas a un Estado específico. En este sentido, cuando no se puede contar con criterios tales como la zona geográfica de entrega de los productos, entran en juego otros elementos que, aunque no tan inequívocos, han de tenerse en cuenta para identificar el juez competente.

23. En relación con el caso de *Senwatec*, en particular, el elemento crucial ha sido el posicionamiento de pago en un motor de búsqueda que opera bajo el dominio nacional de primer nivel finlandés. En este sentido, la valoración del TJUE parece ser acertada en la medida en que el pago realizado para que los anuncios publicitarios aparezcan entre los primeros resultados en un motor de búsqueda de un sitio *web* con el dominio “.fi”, denota la inequívoca intención de dirigir esos anuncios al público finlandés. Por otra parte, sobresale como el TJUE ha restado importancia a la internacionalidad de la actividad, puesto que entre los territorios en los que la sociedad alemana opera, según el mapa presente en su sitio *web*, no figuraba Finlandia. Asimismo, por lo que se refiere al idioma utilizado en el sitio *web*, ha de tenerse en cuenta que el inglés, si bien no es el idioma del país del domicilio de *Senwatec*, no podría entenderse destinado específicamente al público finlandés, dado su uso generalizado en el comercio internacional.

24. Por lo que respecta al caso *Berky*, el TJUE observa que el posicionamiento natural en un sitio *web* con dominio de primer nivel genérico no puede considerarse actividad dirigida a un Estado específico. También en este supuesto parecen apropiadas las conclusiones del tribunal europeo, puesto que, como ya se ha mencionado arriba, la internacionalidad de la actividad

48 STJUE, *Lännen*, cit, apartados 51-52.

comercial y el uso del inglés en los textos que acompañan las fotos de *Berky* no indican, por sí mismas, que el Estado destinatario de esos contenidos fuera Finlandia.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. Sobre la sentencia Lännen

25. El posicionamiento de pago en www.google.fi llevado a cabo por *Senwatec* no deja lugar a muchas dudas sobre el carácter “dirigido” de los anuncios publicitarios de la sociedad alemana. Sin embargo, existen casos límites que no presumen del mismo grado de certeza. A este respecto, cabe señalar que en el apartado 52 de la sentencia el TJUE reconoce que el posicionamiento de pago no constituye un requisito necesario para poder concluir que un anuncio publicitario está dirigido a un público determinado. Y es que el posicionamiento natural podría, junto a otros factores, revelar la voluntad de destinar dichos anuncios a un Estado específico. Así pues, cabe preguntarse cuál podrían ser esos otros factores⁴⁹. Entre otros extremos podríamos cuestionarnos, por ejemplo, si el posicionamiento natural en un motor de búsqueda que opera en un sitio *web* con dominio nacional de primer nivel de cierto Estado cumpliría con los requisitos mínimos para que ciertas actividades se considerasen dirigidas a ese estado.

26. Cabe destacar, no obstante, que hoy en día los nombres de dominio no gozan de la misma importancia que poseían en los albores de la era de Internet. Los usuarios dependen cada vez menos de ellos para localizar o recordar un sitio *web*, puesto que las búsquedas suelen efectuarse digitando directamente una o más palabras claves en el motor de búsqueda. Es incluso posible que, una vez encontrado el contenido buscado, no nos percatemos de la dirección *web* y del correspondiente nombre de dominio⁵⁰.

27. Con todo, se trata de cuestiones que se enmarcan en un recorrido interpretativo que podemos considerar sin duda alguna como satisfactorio. En otras palabras, podemos afirmar que la dirección escogida por el TJUE en relación con la interpretación del art. 125.5 del RMUE en los supuestos de infracción de marca de la Unión en línea parece tan consolidada como acertada. El criterio de las “actividades dirigidas” garantiza una aplicación más “auténtica” del *forum delicti commissi* en el ámbito de las infracciones de marca en Internet, a la vez que proporciona seguridad jurídica y amparo a los empresarios que habitualmente operan fuera de las fronteras de su Estado de domicilio. En efecto, dichos empresarios pueden esperar ser demandados ante los tribunales de los Estados a los que dirigen su actividad comercial.

28. Bajo esa premisa, la labor interpretativa relativa a los criterios para determinar cuándo las actividades comerciales en línea están efectivamente dirigidas a cierto Estado no es tarea sencilla. En efecto, es una labor que implica cierto margen de discrecionalidad por parte de los

49 En este sentido, LUNDSTEDT, L. “CJEU on jurisdiction over targeted Trade Mark Regulation”, EAPIL Blog, disponible en <https://eapil.org/2023/05/08/cjeu-on-jurisdiction-over-targeted-actions-under-the-eu-trade-mark-regulation/>. (pon la fecha de último acceso en todas las referencias web)

50 TRIMBLE, M., “Targeting factors and conflict of laws on the Internet”, *The Review of Litigation*, Vol. 40(1), 2020, pp. 1-60, p. 26.

tribunales, en la medida en que existen distintas perspectivas a la hora de apreciar el carácter dirigido de las actividades en línea. Por un lado, tenemos la perspectiva del demandado, que tiene en cuenta la intención del operador comercial de dirigirse a cierto estado. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta la perspectiva de los usuarios de Internet, que se basa en la percepción que tienen dichos usuarios sobre si una actividad en línea está dirigida o menos a ellos⁵¹. En este sentido, podría resultar oportuno exigir a las sociedades cuyas actividades tengan alcance internacional que tomen medidas tales como, por ejemplo, el uso de herramientas de bloque geográfico o *disclaimers* que indiquen claramente que no dirigen su publicidad y ofertas de venta a determinados Estados⁵².

2. Sobre la oportunidad de adoptar un único criterio: el de las “actividades dirigidas”

29. A la luz de todo lo expuesto, sería deseable que el TJUE adoptara un criterio único para las infracciones de marca de la Unión y de marcas nacionales, teniendo en cuenta que, a menudo, las dos marcas son objeto de un mismo litigio⁵³. El criterio de la “accesibilidad” no se ajusta a las exigencias del comercio internacional y a la necesidad de seguridad jurídica que constituye la piedra angular del DIPr europeo. En cambio, el criterio de las “actividades dirigidas” parece ser el más adecuado, con independencia del tipo de marca cuya infracción se esté reclamando⁵⁴.

30. De este modo, se observa que el hecho de que la mera accesibilidad resulta un criterio inadecuado para determinar la competencia judicial en ese ámbito puede extrapolarse ya de las observaciones realizadas por el TJUE en las sentencias *Wintersteiger* y *Pinckney*. En la primera resolución, el TJUE afirmó que el uso de un signo idéntico a una marca nacional en un sitio *web* que opera bajo un dominio nacional de primer nivel distinto al del EM de registro de dicha marca fundamenta la competencia judicial de los tribunales de ese estado. Paralelamente, sostuvo que la comprobación de la existencia de una violación efectiva de una marca en línea implicaba un examen del fondo de la cuestión por parte de los tribunales del EM en que la marca está registrada, ya que esos tribunales son los que se encuentran en mejores condiciones para evaluar la existencia de dicha violación⁵⁵. En el asunto *Pinckney* el TJUE se remitió, por su parte, a las observaciones formuladas en la sentencia *Wintersteiger*, subrayando que la identificación de la infracción a efectos de determinar la competencia judicial no puede depender de criterios —como el de las “actividades dirigidas”— que son propios del examen de fondo⁵⁶.

51 TRIMBLE, M., “Targeting factors and conflict of laws on the Internet”, *cit.*, p. 19.

52 LUNDSTEDT, L., “AMS Neve and Others (C-172/18): Looking for a Greater ‘Degree of Consistency’ Between the Special Jurisdiction Rule for EU Trade Marks and National Trade Marks”, *GRUR International*, 69(4), 2020, pp. 355-364, p. 363.

53 LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “International Jurisdiction in EU trademark infringements on the Internet – is it possible to complicate things even further?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 13(2), 2021, pp. 352-361, p. 358.

54 En este sentido, véase también ROSATI, E. “The localization of IP infringements in the online environment: From Web 2.0 to Web 3.0 and the Metaverse” *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2023, Vol. 0(0), pp. 1-23, p. 14.

55 STJUE, *Wintersteiger*, *cit.*, apartados 26-29.

56 STJUE, *Pinckney*, apartados 40-42.

Ahora bien, El TJUE pretende claramente demostrar que verificar si las actividades en Internet tienen como destinatario a un Estado determinado implica una valoración del fondo del asunto, la cual no puede realizarse en la fase procesal de determinación de la competencia judicial. Una valoración que, sin embargo, puede ser llevada a cabo por cualquier tribunal en cuyo Estado esté registrada una marca idéntica o similar al signo utilizado en línea, una vez que esos tribunales se hayan atribuido la competencia en virtud del criterio de la “accesibilidad”. No obstante, semejante análisis podría sugerir, paradójicamente, lo contrario de lo que pretende afirmar. Es decir, que la determinación de la competencia judicial en los supuestos de infracción de marca nacional en línea pasa necesariamente por una valoración sustantiva de la infracción reclamada. La resolución correspondiente podría, por lo tanto, desembocar en una declaración de inexistencia de infracción en un determinado estado, cuando debía haber consistido, de entrada, en una resolución de inadmisibilidad por falta de competencia del tribunal de ese estado. Podrían darse, en suma, resoluciones sobre la competencia judicial “disfrazadas” de decisiones sustantivas sobre el fondo del asunto.

En efecto, el temor sobre el riesgo de que la valoración acerca de la competencia judicial implique un examen sobre el fondo del asunto debería más bien producir el efecto contrario, esto es, que el tribunal de que se trate debería cerciorarse de que las actividades en línea son realmente susceptibles de infringir la marca registrada en el Estado donde se halle su sede antes de declararse competente, lo que no tiene porqué conllevar un examen sustantivo de la cuestión⁵⁷. En este sentido, resulta preciso identificar la voluntad del operador comercial de destinar ciertos anuncios comerciales a un Estado específico, una cuestión fáctica que no prejuzga el fondo del asunto. Es posible, de hecho, que los anuncios estén dirigidos a ese Estado y que, no obstante, no se produzca infracción alguna⁵⁸.

En definitiva, las dudas sobre si ciertas actividades en línea constituyen infracción en un determinado Estado no deberían constituir un incentivo para que los tribunales de ese Estado se atribuyan la competencia hasta comprobar la existencia efectiva de una vulneración. Como es obvio, la fase meramente procesal de verificación de la competencia no puede conllevar un examen del fondo del asunto. Por lo contrario, resulta imprescindible cuando menos filtrar los numerosos casos en los que presenciamos una apariencia de infracción en línea y reclamar la competencia exclusivamente cuando parece razonable concluir que ciertas actividades están destinadas a un Estado específico.

31. En otro orden de ideas, cabe destacar que la teoría de la “accesibilidad” parece complementar una inadecuada aplicación del art. 7, n. 2 del Reglamento Bruselas I bis a las controversias relativas a los DPI. En efecto, pese a que el empleo del criterio de la “accesibilidad” no constituye una consecuencia directa de la teoría de la ubicuidad, se puede observar que en la jurisprudencia del TJUE en materia de marcas nacionales juegan en dos planes paralelos. El

57 En palabras del TJUE en la sentencia *Lännen*, tal y como mencionado en el apartado anterior, “basta con que existan elementos que permitan suponer razonablemente que hayan podido o que puedan cometerse hechos de violación de marca en el territorio de un Estado miembro (...)”. Esos elementos son los que permiten concluir que una determinada actividad está dirigida a un Estado miembro específico.

58 LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPR de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet”, *cit.*, p. 243.

Estado desde el cual un usuario “puede” acceder a un contenido *web* que no está destinado a ese Estado específico sería el equivalente del Estado en el que, según la interpretación del tribunal de Luxemburgo, se produce el daño⁵⁹. Asimismo, el Estado en el que se inicia el proceso de publicación de ese contenido constituye el lugar del hecho de violación. En todas las resoluciones que han adoptado la tesis de la “accesibilidad” el TJUE mantiene que los tribunales de ambos Estados pueden declararse competentes⁶⁰.

En cambio, esto no se produce en las decisiones relativas a la marca de la Unión⁶¹, a pesar de lo argumentado por la doctrina⁶². La competencia judicial radica exclusivamente en los tribunales del Estado en el que se ha producido el acto de infracción/daño, que en las infracciones de marcas en línea se materializa exclusivamente en el territorio en que haya “adquirido su carácter de publicidad y oferta de venta, a saber, aquel en el que el contenido comercial se hizo accesible efectivamente a los consumidores y distribuidores a los que estaba destinado”⁶³. La sola actividad material —esto es, el proceso técnico consistente en exhibir los contenidos comerciales— no debería guardar importancia alguna.

32. En definitiva, el criterio de la “accesibilidad” no se focaliza en “el derecho infringido” en un determinado estado, sino en la mera existencia de “un derecho paralelo” en cualquier estado. La mera existencia de una marca protegida en cualquier Estado constituye así una condición necesaria y suficiente para que pueda llegarse a suponer que una oferta de venta en línea que utiliza un signo idéntico o similar es susceptible de infringir esa marca y, en consecuencia, determinar la competencia judicial de los tribunales de los Estados en que dicha marca está protegida. Si estamos de acuerdo con la constatación de que, en virtud del principio de territorialidad, un DPI puede infringirse exclusivamente en el país en el que esté protegido y, por lo tanto, existe, no podemos avalar esa conclusión. En cambio, su carácter territorial nos lleva necesariamente a concluir que, a la hora de determinar la competencia judicial con base

59 Véase los apartados 27 y 29 de la sentencia *Weintersteiger*, *cit.*

60 STJUE, *Wintersteiger*, *cit.*, STJUE, *Pinckney*, *cit.*; STJUE, *Hejduk*, *cit.* En el asunto *Hejduk* el TJUE no admite expresamente la posibilidad de ejercer la acción en ambos Estados. Sin embargo, dicha posibilidad se infiere de los apartados 23-27 de la sentencia, en los que el TJUE explica porqué el tribunal ante el que se ha ejercido la acción no es competente en virtud del criterio del hecho causal del daño, admitiendo, por lo tanto, la capacidad de ese criterio de conexión para atribuir la competencia judicial en esos tipos de asuntos. La competencia del tribunal austriaco será finalmente reconocida en cuanto tribunal del lugar de producción del daño.

61 STJUE, *AMS neve y otros*, *cit.*, apartados 47 a 54.

62 En concreto, se sostiene que en el asunto *AMS neve*, el TJUE habría aplicado su interpretación del art. 7, n. 2 del Reglamento Bruselas I bis a la infracción de una marca de la Unión, insinuando de tal manera que tanto los tribunales del EM al que los contenidos en líneas estaban dirigidos, como los del EM en que se ha llevado a cabo la actividad material previa son competentes para conocer del asunto (véase DE MIGUEL, ASENSIO, P., *Conflict of Laws and the Internet*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, p. 340). De hecho, el TJUE afirma precisamente lo contrario (apartados 50-51), ya que considera que resulta inadecuado incluir en el concepto de “lugar de violación” el territorio en el que se han tomado las decisiones y medidas técnicas previas a la exhibición de los contenidos en Internet, especialmente si tiene por efecto lo de excluir la competencia de los tribunales del Estado al que las ofertas de venta están dirigidas. En último extremo, ello impediría el efecto útil del foro alternativo del art. 125.5, puesto que la mayoría de las veces el lugar en el que se toman esas medidas coincide con el Estado del domicilio del demandado.

63 STJUE, *AMS Neve y otros*, *cit.*, apartado 54.

en el *forum delicti commissi* en las controversias en línea relativas a un DPI unitario o a DPI nacionales, esos derechos pueden infringirse en un determinado Estado únicamente cuando parece razonable suponer que la infracción se refiera a *aquel* derecho que existe y que está protegido en *aquel* estado.

LA CELEBRACIÓN DE LOS ACUERDOS COMERCIALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA INTERVENCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

THE CONCLUSION OF THE EUROPEAN UNION'S TRADE AGREEMENTS AND THE INTERVENTION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT

DORINA C. SUCIU GAVRILOAIE*

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. LA FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE CELEBRACIÓN. III. LA NEGOCIACIÓN DE LOS ACUERDOS COMERCIALES. IV. LA CONCLUSIÓN DE LOS ACUERDOS COMERCIALES. V. LOS MÉTODOS DE INTERVENCIÓN INDIRECTA DEL PARLAMENTO EUROPEO. VI. IDEAS FINALES.

RESUMEN. El presente estudio profundiza en las complejas dinámicas de los acuerdos comerciales de nueva generación en el contexto de la Unión Europea. Con un enfoque marcadamente jurídico, sin ignorar la dimensión política de esta materia, busca ofrecer una comprensión global del procedimiento de celebración de acuerdos comerciales y destacar la evolución hacia una mayor democratización en el ámbito de las relaciones comerciales de la UE. Para ello, se centra en la intervención del Parlamento Europeo en las diversas etapas del proceso de celebración de los acuerdos comerciales y abarca tanto las prerrogativas formales del PE en materia de política comercial —consagradas en los tratados de la UE o aseguradas a través de compromisos interinstitucionales con la Comisión Europea y el Consejo—, como las prácticas informales no codificadas, pero igualmente relevantes, a menudo denominadas “soft power” del PE. Al profundizar en el papel del PE, esta contribución subraya la creciente importancia del principio democrático y de un mayor compromiso político en esta esfera de las relaciones exteriores de la UE.

ABSTRACT. *This study delves into the intricate dynamics of new generation trade agreements within the European Union (EU) context. Employing a rigorous legal methodology while acknowledging the inherent political aspects, this contribution seeks to offer a comprehensive understanding of the procedures governing the EU's treaty making process. Central to our analysis is the evolution towards enhanced democratization in the EU's trade relations and the core focus of this study lies in an examination of the European Parliament's (EP) intervention throughout the various stages of the EU's process for concluding new generation trade agreements. Our investigation encompasses not only the formal prerogatives of the EP in trade policy, as enshrined in treaties or secured through interinstitutional commitments with the European Commission and the Council but also delves into the less codified, yet influential, informal practices often referred to as the “soft power” of the EP. By meticulously examining the role of the EP, this contribution sheds light on the growing prominence of the democratic principle and increased political engagement in this area of the EU's external relations.*

Fecha de recepción del trabajo: 16 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de noviembre de 2023.

* Profesora Doctora en el Área de Derecho Internacional Público del Departamento de Derecho de la Universidad de Almería, acreditada a Profesora Ayudante Doctora. cs408@ual.es. El presente trabajo se ha realizado en el marco de las actividades desarrolladas por el Grupo de Investigación SEJ259 Derechos Humanos, Cooperación Internacional y Libertad Religiosa de la Universidad de Almería.

PALABRAS CLAVE: democratización, acuerdos de libre comercio, política comercial común, Parlamento Europeo.

KEYWORDS: *democratization, free trade agreements; common commercial policy; European Parliament.*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La política comercial embrionaria de la Unión Europea (en adelante, UE) se caracterizó por ser tecnocrática y libre de cualquier intervención o control democrático¹, de manera que durante las primeras décadas de postguerra las líneas estratégicas y las negociaciones se desarrollaron a puerta cerrada, como es propio del llamado *club model*². En un escenario donde la política comercial estaba marcada por un evidente desequilibrio de poder a favor del ejecutivo³, el Parlamento Europeo (en lo sucesivo, PE o Parlamento) emergía como el gran olvidado en el proceso formal de toma de decisiones⁴. Si bien es cierto que el panorama comenzó a cambiar con el Acta Única Europea, en 1986, ya que se otorgaron nuevas atribuciones al Parlamento y se le permitió intervenir en la celebración de algunos acuerdos internacionales, estas prerrogativas no se extendían a los acuerdos de libre comercio. En efecto, en lo que concierne a la organización de las relaciones comerciales con terceros países, el poder de decisión recaía en el Consejo, bajo la iniciativa de la Comisión Europea, y este modelo se mantuvo en las posteriores reformas de los tratados. A pesar de que la Conferencia Intergubernamental de 1991 que condujo al Tratado de Maastricht abordó de manera integral la intervención del PE en la toma de decisiones en la UE y se lograron avances significativos en diversos aspectos, no así en materia de política comercial común. La influencia del PE en la celebración de los acuerdos comerciales seguía siendo limitada a un compromiso de consulta informal por parte de la Comisión. En esta misma línea, los esfuerzos por mejorar la participación del PE a través de los Tratados de Ámsterdam y de Niza también se saldaron infructuosos.

Hubo que esperar hasta el Tratado de Lisboa para dotar a la política comercial común de un equilibrio de pesos y contrapesos. Este tratado propició la transición hacia un verdadero triángulo institucional que, en la esfera externa, reflejara el equilibrio de poderes presente en el proceso legislativo interno de la UE⁵. Tal evolución conllevó la generalización del recurso

1 YAN, S., “The European Parliament’s Role in EU Trade Policy after Lisbon: Analysis from an Actorness Approach”, *Online Papers on Parliamentary Democracy*, 3/2015, pp. 7-11.

2 Vid. HOCKING, B., “Changing the terms of trade policy making: from the “club” to the “multistakeholder” model”, *WTR*, Vol. 3(1), pp. 3-26; PODGORNY, M.-J., “The negotiation and Adoption of Preferential Trade Agreements in the Lisbon Era: A view from the European Parliament”, en KLEIMANN (ed.), *EU Preferential Trade Agreements: commerce, foreign policy and development aspects*, EUI, 2013, pp. 73-79; ROEDERER-RYNNING, C., “Parliamentary assertion and deep integration: the European parliament in the CETA and TTIP negotiations”, *CRIA*, Vol. 30(5-6), 2017, pp.507-526, en p. 507.

3 En este sentido BOSSE-PLATIÈRE, I., “Le Parlement Européen et la procédure de conclusion des accords internationaux”, en AUVRET-FINCK, J., *Le Parlement Européen après l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, Larcier: Bruselas, 2013, pp. 68-85; EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, OUP: Oxford, 2ª ed., 2011, en p. 194; ROEDERER-RYNNING, C., *Op. cit.*, en p. 509.

4 Vid. PODGORNY, M.-J., *Op. cit.* en p. 73; ROEDERER-RYNNING, C., *Op. cit.*, en p. 507.

5 Vid. DASHWOOD, A., “EU Acts and Member State Acts in the Negotiation, Conclusion, and Implementation of International Agreements”, en CREMONA, M., KILPATRICK, C., *EU Legal Acts: Challenges and Transformations*, OUP: Oxford, 2018, pp. 189-249, en p. 190.

al procedimiento legislativo ordinario, anteriormente conocido como proceso de codecisión⁶, así como el requerimiento de la aprobación del PE para la conclusión de la gran mayoría de acuerdos internacionales celebrados por la UE⁷.

A raíz de esta reforma, se confirió al artículo 218 TFUE carácter de *lex generalis* y se consideró que viene a “dar respuesta a las exigencias de claridad, coherencia y racionalización”⁸, en la medida en que “prevé un procedimiento unificado y de alcance general en lo relativo a la negociación y celebración de acuerdos internacionales por la Unión en todos los ámbitos de actuación de ésta”⁹. Además, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE, en lo sucesivo) le ha atribuido naturaleza constitucional al afirmar que “constituye una norma autónoma y general de alcance constitucional, por cuanto atribuye a las instituciones comunitarias competencias determinadas”¹⁰. El régimen previsto por este precepto debe complementarse con lo establecido en el artículo 207 TFUE, que aparece como *lex specialis* en materia de acuerdos comerciales¹¹. Esta disposición regula con carácter general la política comercial de la UE y contempla, además, reglas particulares en lo que concierne al procedimiento para la celebración de los acuerdos comerciales entre la UE y terceros Estados¹².

De la interpretación conjunta de los artículos precitados se desprende que el Tratado de Lisboa dotó al PE de dos funciones fundamentales en materia de política comercial. Por una parte, de una competencia *ad intra*, dado que se prevé que participará en la adopción de las “medidas por las que se defina el marco de aplicación de la política comercial común”¹³, a través del procedimiento legislativo ordinario, en el que asume la función de colegislador junto con el Consejo. Por otra parte, de una competencia *ad extra*, pues se requiere la aprobación del PE para la celebración de los acuerdos comerciales con terceros Estados o regiones¹⁴. En términos generales, estos acuerdos serán negociados por la Comisión, con arreglo a las directrices de negociación dictadas por el Consejo y, posteriormente, serán concluidos por éste, con la

6 Vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARIA, P., “El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional*, Iustel: Madrid, 2008, pp. 204-225, en p. 215.

7 YAN, S., *Op. cit.* pp. 7-11.

8 Sentencias de 24 de junio de 2014, asunto *Parlamento/Consejo*, C-658/11, EU:C:2014:2025, apartado 52; y de 14 de junio de 2016, *Parlamento/Consejo*, C263/14, EU:C:2016:435, apartado 68.

9 *Idem*.

10 Sentencias de 9 de agosto de 1994, C-327/91, EU:C:1994:305, apartado 28; *Parlamento/Consejo*, C-658/11, apartado 52; de 16 de julio de 2015, C-425/13, EU:C:2015:483, apartado 62; y de 4 de septiembre de 2018, *Comisión/Consejo*, C-244/17, EU:C:2018:662, apartado 21.

11 En este sentido, el análisis diferenciado del procedimiento general y de los procedimientos especiales que hace Cienfuegos Mateo en los capítulos 2 y 4, respectivamente, en la monografía: *Los procedimientos de celebración de acuerdos internacionales por la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa*, Bosch Editor: Barcelona, 2017. De manera complementaria, DASHWOOD, A., *Op. cit.*, en pp. 190-194; ROSAS, A., “Recent Case Law of the European Court of Justice Relating to Article 218 TFUE”, en CZUCZAI, J., NAERT, F. (eds.), *The EU as a global actor: Bridging Legal Theory and Practice. Liber Amicorum in Honour of Ricardo Gosalbo Bono*, Brill Nijhoff: Leiden, 2017, pp. 365-379.

12 Artículo 207 TFUE, apartados 3, 4 y 5; RIGOD, B., “‘Global Europe’: The EU’s new trade policy in its legal context”, *CJEL*, Vol. 18, 2012, pp. 277-306, en p. 292.

13 Artículo 207 TFUE, apartado 2.

14 Artículo 218 TFUE, apartado 6.

aprobación del Parlamento¹⁵, con pleno respeto del principio de equilibrio institucional, consagrado en el artículo 13 TUE, apartado 2¹⁶.

Con un enfoque marcadamente jurídico, la presente contribución se propone analizar la intervención del Parlamento en las distintas etapas del proceso de celebración de los acuerdos comerciales de nueva generación de la UE¹⁷. Para ello se dará cuenta de las prerrogativas formales de intervención directa del PE en materia de política comercial, ya estén previstas en los tratados o se hayan asegurado mediante compromisos interinstitucionales con la Comisión y el Consejo; pero también de las prácticas informales o indirectas no codificadas, también llamadas “*soft power*” del PE¹⁸. En la misma línea, se abordará el modelo *multistakeholder*¹⁹ y la consecuente multiplicación y diversificación de los actores que buscan influenciar el proceso de toma de decisiones como, por ejemplo, *lobbies*, ONG o asociaciones de consumidores y de empresarios, y que, en ciertas ocasiones, han conseguido persuadir al PE respecto a las condiciones de celebración de determinados acuerdos comerciales de nueva generación.

En fin, este trabajo aspira a proporcionar una comprensión general del procedimiento de celebración de los acuerdos comerciales de la UE y poner de relieve que, en los últimos años, se ha podido observar una transición hacia una mayor democratización de la política comercial común, lo que ha aportado una dosis de transparencia en el proceso de negociación²⁰, pero también un mayor grado de politización, que se ha visto reflejado en la intervención, en algunos casos errática, del PE²¹.

15 Vid. Sentencia *Comisión/Consejo*, C-425/13, apartado 62.

16 Este principio es un pilar fundamental del sistema institucional de la Unión y exige que cada institución actúe en el marco de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos —a estos efectos los artículos 207 y 218 TFUE— sin invadir las competencias de las demás instituciones. Vid. Sentencias de 22 de mayo de 1990, *Parlamento/Consejo*, C-70/88, EU:C:1990:217, apartado 21 y 22; de 14 de abril de 2015, *Consejo/Comisión*, C-409/13, EU:C:2015:217, apartado 64; de 6 de octubre de 2015, *Consejo/Comisión*, C-73/14, EU:C:2015:663, apartado 61; de 27 de julio de 2016, *Consejo/Comisión*, C-660/13, EU:C:2016:616, apartado 32; de 25 de octubre de 2017, *Comisión/Consejo*, C-687/15, EU:C:2017:803, apartado 40; *Comisión/Consejo*, C-244/17, apartado 24.

17 Se trata de acuerdos especialmente diseñados para forjar alianzas estratégicas con países con un alto potencial de mercado y donde es necesario reducir el nivel de protección contra los intereses europeos y, en los últimos años, con países que pueden aportar una mayor seguridad y autonomía a la UE. El catálogo de acuerdos comerciales de nueva generación es muy heterogéneo y abarca los acuerdos con Corea del Sur, Canadá, Japón, o el tándem regulatorio ALC/API con Singapur y Vietnam, a los que deben añadirse los proyectos de modernización de los acuerdos con un enfoque más clásico con el Mercosur, México o Chile; así como los intentos infructuosos, entre los que destacan las negociaciones con Estados Unidos del TTIP o los intentos interregionales como las negociaciones con la ASEAN.

18 Vid. PODGORNY, M-J., *Op. cit.*, en p. 74.

19 Vid. HOCKING, B., *Op. cit.*, pp. 3-26.

20 Para un análisis de la práctica convencional más reciente de la UE puede verse BLANC ALTMIR, A., *Las relaciones comerciales de la Unión Europea con el resto del mundo: Un análisis desde la postpandemia y la agresión rusa a Ucrania*, Aranzadi, 2023; SUCIU GAVRILOAIE, D.C., “El bilateralismo en las relaciones comerciales de la Unión Europea: un análisis de los acuerdos de nueva generación”, *RDCE*, Núm. 74, 2023, pp. 222-299.

21 Vid. KRAJEWSKI, M., “New Functions and new Powers for the European Parliament: assessing the Changes of the Common Commercial Policy from the perspective of Democratic Legitimacy?”, en BUNGENBERG, M., HERRMANN, C. (eds.), *Common Commercial Policy after Lisbon – EYIEL*, 2013, pp. 67-85;

II. LA FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE CELEBRACIÓN

1. Los contactos informales y la iniciativa para la celebración de acuerdos comerciales

La iniciativa para la celebración de un acuerdo concreto corresponde a la Comisión Europea²², que será la encargada de proponer al Consejo que autorice el comienzo formal de las negociaciones con un determinado Estado o región²³. Antes de plantear al Consejo la apertura de las negociaciones, la Comisión lleva a cabo un contacto preliminar e informal con los representantes de los posibles socios comerciales de la UE, que recibe el nombre de *scoping exercise*. Este diálogo informal permitirá determinar no solo la predisposición del socio para la celebración de un acuerdo comercial, sino también las materias concretas sobre las que estaría dispuesto a negociar y, sobre todo, la ambición con la que se propone abordar estas negociaciones²⁴. Si el contacto informal pone de manifiesto la voluntad coincidente de la UE y el posible socio, en el seno de la Comisión se adoptará, por mayoría de sus miembros²⁵, una decisión sobre la conveniencia de recomendar al Consejo la apertura de las negociaciones.

2. La autorización de apertura de las negociaciones y el mandato de negociación

La recomendación de apertura de las negociaciones, junto a un proyecto de directrices de negociación y un informe detallado con el resultado del proceso de *scoping*, se enviará al Comité de Representantes Permanentes y a los grupos de trabajo del Consejo. El Consejo podrá autorizar las recomendaciones de la Comisión de manera íntegra, con modificaciones o, en su caso, rechazarlas. Una vez adoptada la decisión sobre la apertura de las negociaciones, las directrices o mandato de negociación marcarán la posición negociadora de la UE²⁶.

LEBLOND, P., VIJU-MILJUSEVIC, C., “EU trade policy in the twenty-first century: change, continuity and challenges”, *JEPP*, Vol. 26(12), 1836-1846, en p. 1837; MANCINI, I., “The European Parliament and Civil Society in EU Trade Negotiations: The Untold Story of an Erratic Engagement”, *EFAR*, Vol. 27(2), 2022, pp. 1-21; YOUNG, A.R., “Two wrongs make a right? The politicization of trade policy and European trade strategy”, *JEPP*, Vol. 26(12), 2019, pp. 1883-1899, en p. 2.

22 Vid. RIGOD, B., *Op. cit.*, en p. 295.

23 Artículo 207 TFUE, apartado 3, párrafo segundo. Vid. CIENFUEGOS MATEO, M., *Op. cit.*, en p. 86; DASHWOOD, A., *Op. cit.*, en p. 190; RIGOD, B., *Op. cit.*, en p. 292; ORTEGA GÓMEZ, M., “La participación de la Comisión Europea en la actividad convencional de la Comunidad Europea y de la Unión Europea”, en REMIRO BROTONS, A., BLÁZQUEZ NAVARRO, I., *El futuro de la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch: Valencia, pp. 183-210, en pp. 188-189.

24 Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Una Europa Global: competir en el mundo, una contribución a la Estrategia de crecimiento y empleo de la UE*, 4 de octubre de 2006, COM(2006) 567 final, en p. 11.

25 Artículo 250 TFUE. Artículos 7 y 8 del Reglamento interno de la Comisión, en su versión consolidada tras la modificación por Decisión de la Comisión (EU, Euratom) 220/555, de 22 de abril de 2020, DO L 127I, de 22 de abril de 2020.

26 Artículo 218 TFUE, apartado 2. Vid. CIENFUEGOS MATEO, M., *Op. cit.*, en p. 88; ORTEGA GÓMEZ, M., *Op. cit.* en pp. 187.

Como se puede observar, en esta fase inicial del procedimiento de celebración de los acuerdos comerciales, el Parlamento no interviene de manera directa en la toma de decisiones²⁷. No obstante, el artículo 218 TFUE, apartado 10, prevé un deber de información cumplida e inmediata al Parlamento —que se analizará en mayor profundidad en el epígrafe siguiente— que se ha visto reforzado inmediatamente después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a través del Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento y la Comisión²⁸. En virtud de este acuerdo, la Comisión se comprometió a compartir con el PE las recomendaciones para la apertura de las negociaciones, al mismo tiempo que las remite al Consejo²⁹, de manera que, el compromiso de información al PE se extiende a todas las etapas del procedimiento de conclusión de acuerdos internacionales, “incluida la definición de las directrices de negociación”³⁰. Este compromiso se encuentra en plena consonancia con la jurisprudencia del TJUE, en la medida en que, a juicio del tribunal, la obligación de información al PE en todas las fases del procedimiento se refiere a toda una serie de decisiones y documentos pertinentes al procedimiento de conclusión de los acuerdos y comprende, entre otros, la autorización de apertura de negociaciones y la determinación de las directrices de negociación³¹.

III. LA NEGOCIACIÓN DE LOS ACUERDOS COMERCIALES DE LA UNIÓN EUROPEA

1. La autonomía negociadora de la Comisión Europea

En la siguiente etapa en el proceso de celebración de los acuerdos comerciales, en virtud del TFUE será la Comisión la que asuma el rol de negociadora en nombre de la UE³², con el apo-

27 En este mismo sentido PODGORNÝ, M-J., *Op. cit.*, en p. 74.

28 Se trata de un Acuerdo marco cuyo principal propósito es implementar ciertas medidas que buscan “reforzar la responsabilidad y la legitimidad de la Comisión, ampliar el diálogo constructivo, mejorar la circulación de la información entre ambas instituciones y mejorar la cooperación en materia de procedimientos y de planificación”. Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, DO L 304, de 20 de noviembre de 2010, p. 47, en su versión modificada por el Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea por el que se modifica el punto 4 del Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, DO L 45, de 17 de febrero de 2018, p. 46. Vid. KLEIZEN, B., “Mapping the involvement of the European Parliament in EU external relations – a legal and empirical analysis”, *CLEER Working Papers*, 2016 (4), en pp. 20-22. El Consejo no se mostró particularmente receptivo hacia el Acuerdo marco pues, en su opinión, “algunas de las cláusulas tienden a modificar el equilibrio institucional que resulta de los Tratados en vigor”, ya que confiere al PE más prerrogativas de las previstas por los Tratados, al tiempo que limita la autonomía de la Comisión y su presidente. Vid. Declaración del Consejo sobre el Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión, DO C 287, de 23 de octubre de 2010, p. 1. Se adjunta a esta declaración la postura del Servicio Jurídico del Consejo en la que se concluye que el Acuerdo marco “no respeta el espíritu de los Tratados” y se hace hincapié en la desproporción manifiesta entre los compromisos asumidos por la Comisión y el número de compromisos asumidos por el PE.

29 En el Anexo III “Negociación y celebración de acuerdos internacionales” dispone en su punto 2 que “cuando la Comisión proponga los proyectos de directrices de negociación con miras a su aprobación por el Consejo, la Comisión deberá presentarlos al mismo tiempo al Parlamento”.

30 Punto 23 del Acuerdo Marco. Sobre este aspecto puede verse también YAN, S., *Op. cit.*, en p. 22-23.

31 Sentencia *Parlamento / Consejo*, C263/14, apartado 76.

32 Vid. BOSSE-PLATIÈRE, I., RAPOPORT, C., *Negotiating and implementing free trade agreements in an uncertain environment*, en BOSSE-PLATIÈRE, I., RAPOPORT, C. (eds.), *The Conclusion and Imple-*

yo y/o control, según se interprete³³, del Comité de Política Comercial (antes conocido como Comité del artículo 133, en adelante, CPC)³⁴. En el desempeño de esta función, la Comisión goza de autonomía negociadora y el tribunal de Luxemburgo se ha encargado de armonizar esta independencia con las directrices de negociación que emite el Consejo. De esta forma, si bien el Consejo está habilitado para imponer cuantas normas procedimentales estime oportunas, incluso de manera pormenorizada³⁵, en aras de garantizar la comunicación e información entre la Comisión y el CPC —lo que no hace sino reafirmar y dotar de mayor contenido a una obligación de consulta prevista por el Tratado—, estas no pueden contemplar posiciones negociadoras detalladas que produzcan efectos vinculantes para el negociador, pues ello vulneraría el principio de equilibrio institucional³⁶.

2. El deber de informar cumplida e inmediatamente al Parlamento Europeo

Como se ha señalado previamente, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, por disposición del artículo 218 TFUE, apartado 10, “se informará cumplida e inmediatamente al Parlamento Europeo en todas las fases del procedimiento”³⁷. Este deber constituye una expresión

mentation of EU Free Trade Agreements: Constitutional Challenges, Edward Elgar: Cheltenham, 2019, pp. 1-21, en p. 9; EECKHOUT, P., *Op. cit.*, en pp. 194-197.

- 33 A tenor del artículo 207 TFUE, su función es la de “asistir a la Comisión”, pero hay una extendida convicción de que, en realidad, es el órgano encargado de supervisar la adherencia de la Comisión al mandato emitido por el Consejo. Asimismo, la obligación de reportar y consultar al CPC se incluye de manera sistemática en las directrices de negociación, especialmente para aquellos ámbitos que aparecen durante las negociaciones como cuestiones de interés y desbordan el alcance de las directrices como, de hecho, ha sucedido con los mandatos de negociación de los Acuerdos con Australia y Nueva Zelanda. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Directrices de negociación de un acuerdo de libre comercio con Nueva Zelanda*, ST 7661/18 ADD 1 DCL 1; *con Australia*, ST 7663/18 ADD 1 DCL 1. Ambas de 25 de junio de 2018. Vid. EECKHOUT, P., *Op. cit.*, en pp. 197; GSTÖL, S., HANF, D., “The EU’s Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context”, *ELJ*, Vol. 20(6), 2014, pp. 733-748, en p. 737.
- 34 El CPC es un órgano preparatorio compuesto por los representantes de los Estados miembros altamente especializados en materia comercial y es presidido por la Presidencia rotatoria del Consejo. Su funcionamiento puede darse en tres formaciones diferentes: titulares, a la que acuden altos funcionarios procedentes de los ministerios nacionales encargados de la política comercial, se reúne una vez al mes con el Director General del Comercio; los llamados suplentes, funcionarios basados en Bruselas que se reúnen una vez por semana y tratan las materias comerciales con mayor profundidad; y, por último, una formación de expertos, como, por ejemplo, el Comité formado para servicios e inversiones o para materias relacionadas con el acero, textiles y otros sectores industriales, cuya función es asesorar a la Comisión en las negociaciones internacionales que afecten a estas materias. Para mayor detalle puede verse, GSTÖL, S., DE BIÈVRE, D., *The Trade Policy of The European Union*, Palgrave: Londres, 2018, en pp. 49-51.
- 35 Sentencia *Comisión/Consejo*, C-425/13, apartado 78. Para un comentario sobre este pronunciamiento vid. BOSSE-PLATIÈRE, I., RAPOPORT, C., *Op. cit.*, en pp. 10-11; CIENFUEGOS MATEO, M., *Op. cit.*, en p. 92; CREMONA, M., “EU Treaty-making after the Lisbon Treaty – A Test case for Mutual Sincere Cooperation”, en CZUCZAI, J., NAERT, F. (eds.), *The EU as a global actor: Bridging Legal Theory and Practice. Liber Amicorum in Honour of Ricardo Gosalbo Bono*, Brill Nijhoff: Leiden, 2017, pp. 424-439, en p. 435; ROSAS, A., “Recent Case Law...”, *Op. cit.*, en p. 375-376.
- 36 Sentencia *Comisión/Consejo*, C-425/13, apartados 88 a 90.
- 37 Artículo 218 TFUE, apartado 10. Vid. Sentencia *Parlamento /Consejo*, C263/14, apartado 76, “el procedimiento de negociación y celebración de acuerdos internacionales (...) comprende, en concreto, la

del “principio democrático fundamental según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa” y contribuye a garantizar la unidad y la coherencia de la acción exterior de la Unión³⁸. Además, de manera específica en el marco de las negociaciones comerciales, la Comisión tiene el deber de informar periódicamente a la Comisión de Comercio Internacional (en adelante, INTA, por sus siglas en inglés)³⁹, como comisión permanente del Parlamento con competencias en los asuntos relativos al establecimiento y a la ejecución de la política comercial común de la Unión y de sus relaciones económicas exteriores, en particular, de las relaciones financieras, económicas y comerciales con terceros países y organizaciones regionales, entre otros⁴⁰.

Desde un prisma histórico, este deber de información es el resultado de la codificación de una práctica asentada que se venía observando en aplicación del procedimiento denominado Luns-Westerterp⁴¹ y otros instrumentos jurídicos. Entre ellos, el Código de conducta de 1995⁴², que fue posteriormente mejorado por los sucesivos acuerdos interinstitucionales entre el PE y la Comisión que se han ido renovando desde el año 2001, siendo el último el Acuerdo marco de 2010 referenciado *supra*⁴³. Sin embargo, en la doctrina se ha dicho que los efectos de la reforma van un paso más allá de la mera codificación de una práctica asentada, en tanto que equipara el derecho de acceso a la información de la INTA al derecho que venía ostentando el CPC. Si hasta ahora la comunicación informal al PE podía dar lugar a una información limitada y/o asimétrica, la previsión de este derecho en el texto de los Tratados le garantiza al

autorización de apertura de negociaciones, la determinación de las directrices de negociación, la designación del negociador de la Unión y, en su caso, de un comité especial, la clausura de las negociaciones, la autorización de firma del Acuerdo, en su caso, la decisión de aplicación provisional del Acuerdo antes de su entrada en vigor y la conclusión del Acuerdo”.

- 38 En este sentido, sentencias *Parlamento/Consejo*, C-658/11, apartado 81; *Parlamento/Consejo*, C263/14, apartado 70-72.
- 39 Artículo 207 TFUE, apartado 2, párrafo tercero.
- 40 Vid. Anexo VI Competencias de las Comisiones Parlamentarias Permanentes del Reglamento Interno del Parlamento Europeo 9ª legislatura, DO L 302, de 22 de noviembre de 2019, pp. 1-128. Con anterioridad a la creación de la INTA, el comercio con terceros Estados era competencia de la Comisión de Industria (Comercio Exterior), Investigación y Energía. Sobre las funciones de la INTA vid. KRAJEWSKI, M., *Op. cit.*, en pp. 70-71.
- 41 Se trata de un acuerdo informal entre el PE y el Consejo según el cual, la presidencia rotatoria del Consejo informaría al PE de los avances en las negociaciones de acuerdos internacionales. La iniciativa partió en 1964 del entonces ministro de Relaciones Exteriores holandés, Joseph Luns, y fue posteriormente ampliada a las negociaciones de los acuerdos comerciales a instancias del presidente neerlandés Tjerk Westerterp —de ahí su denominación— en la Declaración Solemne sobre la Unión Europea, adoptada en el Consejo Europeo de Stuttgart, el 19 de junio de 1983. Sobre la codificación de esta práctica vid. BOSSE-PLATIÈRE, I., “Les pouvoirs de la Commission en matiere d’action exterieure: surmonter le repli institutionnel par l’optimisation fonctionnelle”, en AUVRET FINCK, J., (ed.) *La Commission Européenne en voie de redynamisation? Colloque international de Nice des 1er et 2 avril 2015*, Editions A. Pedoné, 2017, pp. 163-192, en pp. 175-176; BOSSE-PLATIÈRE, I., RAPOPORT, C., *Op. cit.*, en p. 12.
- 42 Código de conducta, aprobado el 9 de marzo de 1995 entre el Parlamento Europeo y la Comisión, DO C 98, de 15 de marzo de 1995, p. 68.
- 43 Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión, DO C 121, de 24 de abril de 2001, sustituido y mejorado por el Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión, DO C 117E, de 18 de mayo de 2006, que ha sido sustituido posteriormente por el vigente Acuerdo marco de 2010, citado en nota al pie 30.

PE el derecho a acceder y recibir la información concerniente a los acuerdos internacionales en las mismas condiciones que el Consejo⁴⁴. En otras palabras, la remisión de la información a ambos órganos debe recibir por parte de la Comisión el mismo tratamiento. De lo contrario incurriría en una vulneración del TFUE⁴⁵. Incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el PE subrayó que la Comisión tendría una obligación legal de informarlo del desarrollo de las negociaciones e hizo un llamamiento para que dicha información le fuera comunicada con la misma extensión y al mismo tiempo que al CPC⁴⁶. Posteriormente, a iniciativa del PE⁴⁷, el principio básico de igualdad de trato entre el Consejo y el PE se contempló expresamente en el Acuerdo marco, “especialmente con respecto al acceso a las reuniones y la puesta a disposición de contribuciones u otras informaciones”⁴⁸.

Es reseñable, no obstante, que formalmente no se prevé en los Tratados un derecho de consulta del PE. Muy al contrario, en opinión de la doctrina, habría una diferencia notable entre los términos empleados con respecto a las funciones que cumple el CPC, que es la de “asistir” a la Comisión, mientras que la INTA será meramente “informada” de la marcha de las negociaciones, lo que coloca a esta última en una desventaja formal⁴⁹. Sin embargo, esta laguna es sobradamente cubierta por el Acuerdo marco entre la Comisión y el Parlamento, puesto que prevé que la información “se remitirá al Parlamento con la suficiente antelación para que este pueda expresar, si procede, sus puntos de vista, de manera que la Comisión [los] pueda tener en cuenta, en la medida de lo posible”⁵⁰.

Por tanto, la *ratio legis* de este deber de proporcionar información plena e inmediata al PE, no es la mera información o notificación de la marcha de las negociaciones. Como señala Ricardo Passos, no se trata de “permitir que el Parlamento tome notas de manera pasiva de las actuaciones de las demás instituciones durante el proceso de negociación”⁵¹. Muy al contrario, el propósito es establecer un diálogo bidireccional en el que se otorgue al PE un tiempo prudencial para expresar su postura y poder, en última instancia, influir de manera significativa en las negociaciones. Esta interpretación se refuerza aún más con el deber que asumió la Comisión en el Acuerdo marco de justificar los resultados y explicar al PE “en qué medida y de qué forma los comentarios del Parlamento se han incorporado a los textos en trámite de negociación y, en caso negativo, por qué razones”⁵².

44 En este sentido, KRAJEWSKI, M., *Op. cit.*, en pp. 72-73.

45 *Idem*.

46 Punto 59 de la Resolución de 7 de mayo de 2009, sobre las nuevas competencias del Parlamento Europeo y sus responsabilidades en la aplicación del Tratado de Lisboa, DO C 212E, de 5 de agosto de 2010.

47 Punto 3, apartado a), de la resolución de 9 de febrero de 2010, sobre un Acuerdo marco revisado entre el Parlamento Europeo y la Comisión para la próxima legislatura, DO C 349, de 22 de diciembre de 2010. En este mismo sentido, KLEIMANN, D., *Taking Stock: EU Common Commercial Policy in the Lisbon Era*, CEPS Working Document, Núm. 345, 2011, en p. 19.

48 Considerando E en relación con el punto 9 del Acuerdo marco.

49 VAN DEN PUTTE, L., DE VILLE, F., ORBIE, J., “The European Parliament’s New Role in Trade Policy: Turning power into impact”, *CEPS Special Report*, Núm. 89, May 2014, en p. 3.

50 Punto 24 del Acuerdo marco.

51 PASSOS, R., “The External Powers of the European Parliament”, en EECKHOUT, P., LÓPEZ ESCUDERO, M. (eds.), *The European Union’s External Action in times of crisis*, Hart Publishing: Oxford y Portland, 2016, pp. 85-128, en p. 87.

52 Punto 4 del Anexo III “Negociación y celebración de acuerdos internacionales” del Acuerdo marco.

En cuanto al tratamiento de la información que se remite al PE, en aras de ofrecer un análisis comprensivo, es importante destacar que, en función de su grado de publicidad, podemos distinguir entre la información de acceso público, que cualquier ciudadano o parte interesada puede consultar, y la información de acceso restringido, que se pone a disposición del Parlamento, pero está vinculada a un deber de confidencialidad. Un acceso desmedido a los documentos internos de la UE comportaría el riesgo de afectar negativamente al poder de negociación de la Comisión⁵³, por lo que el TJUE invita a una aproximación cautelosa⁵⁴, no sólo para no desvelar las *líneas rojas* de la Unión, sino también para evitar exponer, de manera indirecta, las posturas de las otras partes negociadoras⁵⁵. Por ello, esta información se pone a disposición de los miembros del PE en salas de lectura, donde, en condiciones seguras, podrán consultar y tomar notas acerca de los documentos reservados, pero deberán abstenerse de compartir públicamente esta información⁵⁶.

En síntesis, de acuerdo con el TFUE, en la fase de negociación de los acuerdos comerciales de la UE, se reconoce al PE un derecho de información inmediata y plena, al tiempo que, por medio de los compromisos interinstitucionales con la Comisión se ha asegurado que este deber de información se asemeje más a un deber de consulta y dé lugar a un diálogo significativo entre las instituciones. Ahora bien, sobre cómo ven los miembros del PE el cumplimiento de este deber por parte de la Comisión, se ha dicho que “manifiestan percepciones muy diferentes acerca del cumplimiento del deber de información observándose que hay quien entiende que este deber es cumplido sobradamente por la Comisión mientras que hay también voces que denuncian que la información que se proporciona es más bien vaga y selectiva”⁵⁷.

IV. LA CONCLUSIÓN DE LOS ACUERDOS COMERCIALES

1. La celebración en solitario de los acuerdos de la Unión Europea

Una vez concluidas las negociaciones y acordado el texto definitivo del acuerdo, el Tratado establece que el Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión por la que se autorice la firma del acuerdo y, en su caso, su aplicación provisional antes de la entrada en vigor. A continuación, se adoptará la decisión de celebración del acuerdo, con la previa aprobación del PE⁵⁸, por cuanto que, a raíz del Tratado de Lisboa, el PE adquiere nuevas potestades en

53 En este mismo sentido, conclusiones del AG Melchior Wathelet de 17 de marzo de 2015, *Comisión/Consejo*, C425/13, EU:C:2015:174, punto 67.

54 En este sentido, HOFFMEISTER, F., “Of Transferred Competence, Institutional Balance and Judicial Autonomy – Constitutional Developments in EU Trade Policy Seven Years after Lisbon”, en CZUCZAI, J., NAERT, F. (eds.), *The EU as a global actor. Bridging Legal Theory and Practice*, Brill Nijhoff: Leiden, 2017, pp. 309-336, en p. 323.

55 Sentencia de 19 de marzo de 2013, *In 't Veld/Comisión*, T-301/10, EU:T:2013:135.

56 Decisión de la mesa del Parlamento Europeo de 15 de abril de 2013 relativa a la Reglamentación sobre el tratamiento de la información confidencial por el Parlamento Europeo, DO C 96 de 1 de abril de 2014, p. 1.

57 RICHARDSON, L., “The Post-Lisbon Role of the European Parliament in the EU’s Common Commercial Policy: Implications for Bilateral Trade Negotiations”, *EU Diplomacy Paper*, Colegio de Europa, Núm. 5, 2012, en p. 10.

58 En estos casos, el PE tomará sus decisiones por mayoría simple. Artículo 231 TFUE.

esta etapa del procedimiento y su aprobación es necesaria para la conclusión de los acuerdos de la UE⁵⁹.

En efecto, el artículo 218 TFUE enumera diversas categorías de acuerdos para los cuales el Consejo debe recabar la previa aprobación del PE y, como suerte de competencia general, incluye los acuerdos que se refieran a ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo ordinario⁶⁰. Si tomamos en consideración que, desde la entrada en vigor del referido tratado de reforma, este procedimiento legislativo ordinario es aplicable para la adopción de las medidas por las que se define el marco de aplicación de la política comercial común⁶¹, la previa aprobación del PE se convierte en un requisito fundamental para la conclusión de los acuerdos comerciales, de manera que el procedimiento de celebración de los acuerdos finalizaría con la ulterior concurrencia del consentimiento del Consejo⁶². Esta potestad del PE busca reflejar en el plano exterior “el reparto de competencias entre las instituciones aplicable en el plano interno y establece una simetría entre el procedimiento de adopción de medidas de la Unión en el plano interno y el procedimiento de adopción de los Acuerdos internacionales”, para asegurar que, en relación con un ámbito determinado, “el Parlamento y el Consejo dispongan de las mismas competencias, respetando el equilibrio institucional previsto por los tratados”⁶³.

El uso y la interpretación de la expresión “ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo ordinario”, ha sido objeto de debate entre la doctrina. Una interpretación restrictiva podría implicar que un acuerdo comercial que no requiere la adopción de medidas de derecho interno, sino que limita sus efectos a la cooperación intergubernamental, no requeriría la aprobación del PE, en la medida en que no se llegaría a aplicar el procedimiento legislativo ordinario. Por ejemplo, según este planteamiento, un acuerdo internacional cuyo objetivo exclusivo fuera la reforma del sistema de solución de diferencias de la OMC no iría acompañado de medidas de implementación, de manera que, al producir sus efectos en las relaciones entre los Estados, la previa aprobación del PE no sería necesaria⁶⁴. En sentido opuesto, la doctrina mayoritaria coincide en que el uso del término “ámbito” debe entenderse en el sentido amplio de “política”, y no referida a actos concretos. Por ello, dado que el artículo 207 TFUE establece la necesidad de recurrir al procedimiento legislativo ordinario para adoptar las medidas “por las que se define el marco de aplicación de la política comercial”, su interacción con el

59 PASSOS, R., “The External Powers...”, *Op. cit.*, en p. 86.

60 Artículo 218 TFUE, apartado 6.

61 Tras la entrada en vigor de este Tratado, el PE deviene colegislador la UE, junto con el Consejo. Vid. ARMANOVICA, M., BENDINI, R., *The role of the EP in shaping the EU's trade policy after the entry into force of the treaty of Lisbon*, DG for External Policies, PE 522.336, Julio 2014, en p. 5; KRAJEWSKI, M., *Op. cit.*, en p. 70; VAN DEN PUTTE, L., DE VILLE, F., ORBIE, J., *Op. cit.*, en p. 1.

62 BOSSE-PLATIÈRE, I., RAPOPORT, C., *Op. cit.*, en pp. 10-11; CIENFUEGOS MATEO, M., *Op. cit.*, en p. 109; EECKHOUT, P., *Op. cit.*, en pp. 201-205.

63 Sentencia *Parlamento/Consejo*, C-658/11, apartado 56; dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia, de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartado 146.

64 KRAJEWSKI, M., *Op. cit.*, en pp. 74-75; WOUTERS, J., COOPENS, D., DE MEESTER, B., “The European Union's External Relations after the Lisbon Treaty”, en GRILLER, S. ZILLER, J. (eds.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without Constitutional Treaty*, Springer: Vienna, 2008, pp. 143-203, en p. 185.

artículo 218 TFUE conlleva que todo acuerdo internacional celebrado en el ámbito de la política comercial común requiere la previa aprobación del PE⁶⁵.

Una lectura detenida del procedimiento pone de manifiesto que la participación formal del PE solo es requerida una vez que ya se ha definido el texto del acuerdo. Sin embargo, para garantizar la efectividad del procedimiento de celebración y asegurar la viabilidad del acuerdo proyectado sería recomendable que la Comisión no espere hasta este momento para escuchar la postura del PE. En esta etapa, resulta poco probable que se puedan realizar modificaciones del texto acordado para avenirse a las posibles demandas del PE⁶⁶, por lo que las consultas a la INTA en las fases previas y, en general, la información periódica al PE en aplicación del Acuerdo marco, cumplen una función sumamente relevante, pues proporcionan al PE la información necesaria para hacer un seguimiento de las negociaciones, con vistas a establecer las condiciones bajo las cuales otorgará su aprobación⁶⁷.

Desde luego, el verdadero poder de control del PE y del Consejo se manifiesta a través de esta última prerrogativa, que ejerce una influencia determinante en la actuación de la Comisión a lo largo de todo el proceso. De hecho, el PE ha utilizado de manera abierta y reiterada las advertencias de que su voto será necesario para concluir los acuerdos comerciales de la UE. Así lo hizo con ocasión de la Resolución sobre la apertura de las negociaciones con Australia y Nueva Zelanda, a modo de considerando⁶⁸, y de la Resolución sobre las negociaciones comerciales de la UE con Japón, como recordatorio final⁶⁹.

Las posibles consecuencias de este control político adquieren un significado más tangible cuando observamos la práctica convencional precedente de la UE, puesto que el PE rechazó la celebración de algunos acuerdos que requerían su aprobación y, a su juicio, presentaban carencias importantes. Ejemplos notables de ello incluyen el Acuerdo SWIFT con Estados Unidos, donde la ausencia de información al PE —presumiblemente a la espera de concluir el Acuerdo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, sin necesidad de que el PE se pronuncie sobre el mismo—, así como las preocupaciones por la posible afectación de algunos derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, motivaron un voto desfavorable⁷⁰; o el rechazo al Segundo Protocolo

65 KRAJEWSKI, M., *Op. cit.*, en p. 75.

66 GSTÖL, S., HANF, D., *Op. cit.*, en p. 737; RIGOD, B., *Op. cit.*, p. 297.

67 ARMANOVICA, M., BENDINI, R., *Op. cit.*, en p. 6.

68 Considerando M de la Resolución de 25 de febrero de 2016 sobre la apertura de las negociaciones sobre los acuerdos de libre comercio con Australia y Nueva Zelanda, DO C 35, de 31 de enero de 2018: “el Parlamento tendrá que decidir si concede su aprobación a los posibles ALC UE-Australia y UE-Nueva Zelanda”.

69 Punto 18 de la Resolución de 25 de octubre de 2012 sobre las negociaciones comerciales de la UE con Japón, DO C 72E, de 11 de marzo de 2014: “Recuerda que se pedirá la aprobación del Parlamento Europeo para el posible ALC UE-Japón, como establece el Tratado de Lisboa”.

70 Resolución legislativa de 11 de febrero de 2010, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, DO C 81E, de 15 de marzo de 2011. Sobre la implicación del PE en el proceso de celebración el Acuerdo SWITF vid. PASSOS, R., “The External Powers...”, *Op. cit.*, en pp. 88-91.

incorporado al Acuerdo de pesca con Marruecos, que se debió a la percepción de que ofrecía escasos beneficios económicos y a las preocupaciones en torno a la sostenibilidad de la explotación de los recursos pesqueros y la posible afectación de los derechos del territorio no autónomo del Sáhara Occidental⁷¹.

Si tomamos en consideración que, en términos comparativos, frente al número de acuerdos en los que ha emitido un voto favorable, las ocasiones en las que el PE ha denegado su aprobación han sido más bien pocas, *a priori*, podríamos coincidir con Ricardo Passos, al apreciar que el PE ha usado sus nuevas facultades “con un alto sentido de la responsabilidad y completamente consciente de las consecuencias de rechazar la conclusión de los acuerdos”⁷². Incluso en aquellos casos en los que denegó su aprobación, su postura no se resumió a manifestar un rechazo definitivo del acuerdo, sino que invitó al resto de las instituciones al diálogo y a la renegociación de los acuerdos, de tal manera que se mejoren las carencias expuestas, de cara a su aprobación en un futuro. Prueba de ello, es que, tras las oportunas modificaciones, el PE dio su aprobación a la celebración y entrada en vigor del Acuerdo SWIFT y del Segundo Protocolo al Acuerdo de Pesca con Marruecos⁷³.

Sin embargo, si observamos atentamente sus intervenciones a lo largo del proceso de celebración de varios de los acuerdos comerciales de la UE en los últimos años, se pueden apreciar grandes altibajos en su nivel de compromiso, que podríamos vincular al interés mostrado por la sociedad civil organizada. En efecto, en los primeros momentos en la era post-Lisboa, el PE se encontró frente a una tarea de gran envergadura y, a diferencia de los experimentados miembros de la Comisión y el Consejo, que habían lidiado con situaciones similares en innumerables ocasiones, la INTA, creada en el año 2004, era un órgano relativamente joven que carecía de memoria institucional consolidada y contaba con recursos administrativos bastante limitados para hacer frente a sus nuevas funciones⁷⁴. De hecho, la “juventud” de la INTA la lle-

71 Resolución legislativa de 14 de diciembre de 2011, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración de un Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, DO C 168E, de 14 de junio de 2016. Estas razones de naturaleza económica, medioambiental y política son descritas ampliamente por PASSOS, R., “The External Powers...”, *Op. cit.*, en pp. 92-95. También hay quien apunta, con mucha razón, a las inconsistencias o contradicciones que presenta, tan pronto, la actuación del PE, pues si bien rechazó la renovación del acuerdo de pesca con Marruecos, los motivos, que podrían resultar de plena aplicación al acuerdo agrícola “sin embargo, no parecen haber tenido peso” en la renovación de este último acuerdo. En este sentido DÍEZ PERALTA, E., “Nuevos desafíos de la política comercial de la Unión Europea en el Mediterráneo”, *RDCE*, Núm. 44, 2013, pp. 191-232, en p. 195.

72 PASSOS, R., “The External Powers...”, *Op. cit.*, en p. 86.

73 Resoluciones legislativas de 8 de julio de 2010, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, DO C 351E, de 2 de diciembre de 2011; y de 10 de diciembre de 2013, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos, DO C 468, de 15 de diciembre de 2016.

74 KLEIMANN, D., *Op. cit.*, en p. 14.

vó a depender, en gran medida, de la información proporcionada por la Dirección General de Comercio y otros actores no institucionales interesados, como las ONG y diversos grupos de presión⁷⁵. Lo sucedido con el ALC UE-Corea del Sur contribuye a ilustrar esta idea. La presión por parte de la sociedad civil organizada se hizo notar en el ámbito parlamentario y condicionó la postura de los miembros del PE, de manera que su voto favorable se hizo depender de la adopción y entrada en vigor del Reglamento por el que se aplica una cláusula de salvaguardia orientada a la protección de los pequeños productores de vehículos⁷⁶.

En la misma línea, también se han apreciado diferencias en la atención que ha recibido el infructuoso TTIP con Estados Unidos en comparación, por ejemplo, con el Acuerdo de Asociación Económica UE-Japón. El primero es ampliamente conocido por la doctrina especializada como un acuerdo megarregional que experimentó una oposición sin precedentes por parte de la sociedad civil organizada⁷⁷, mientras que el segundo representa uno de los ejemplos de acuerdos comerciales de la UE cuya celebración aconteció con suma discreción y sin demasiados sobresaltos⁷⁸. Así, entre las particularidades que ponen de manifiesto la falta de constancia en la intervención del PE encontramos los debates que conciernen a ambos acuerdos. Por una parte, cuando se informó al PE sobre la marcha de las negociaciones del TTIP, cerca de un centenar de europarlamentarios tomaron la palabra y expresaron su apoyo o su falta de aprobación frente al acuerdo, haciéndose eco de muchas de las preocupaciones que había expresado la opinión pública⁷⁹. En cambio, en el debate respecto al Acuerdo UE-Japón, se expresaron, en su mayoría, opiniones positivas⁸⁰, a pesar del considerable volumen de mercado afectado por el acuerdo y la diferencia de estándares normativos entre la UE y Japón. Estos argumentos, que habían ocupado una posición central en la oposición al TTIP, no surgieron en el debate sobre el Acuerdo UE-Japón, aunque podrían resultar de plena aplicación⁸¹.

La falta de uniformidad en la intervención del PE también se ha visto reflejada en las resoluciones que ha adoptado en relación con los diferentes acuerdos comerciales de nueva generación. Mientras que los primeros actos respecto al ALC UE-Singapur y al ALC UE-Vietnam

75 VAN DEN PUTTE, L., DE VILLE, F., ORBIE, J., *Op. cit.*, en p. 3. En la doctrina se ha llegado a afirmar que “los MPE de la INTA serán altamente vulnerables a los cantos de sirena de los *lobbies* que están dispuestos a proporcionar ‘consejo’ y ‘experiencia técnica’ al alto precio de posicionar sus intereses en la agenda de los MPE”. KLEIMANN, D., *Op. cit.*, en p. 14; YAN, S., *The European Parliament’s Role...*, *Op. cit.*, en p. 23.

76 Reglamento (UE) N° 511/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por el que se aplica la cláusula bilateral de salvaguardia del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros y la República de Corea, DO L 145, de 31 de mayo de 2011.

77 Sobre el inesperado fracaso de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés) y el movimiento opositor sin precedentes puede verse SUCIU GAVRILOAIE, D.C., “El bilateralismo en...”, *Op. cit.*, en pp. 251 y 257.

78 MANCINI, I., *Op. cit.*, en pp. 17-19.

79 El debate de 15 de julio de 2014 puede verse en: https://multimedia.europarl.europa.eu/en/webstreaming/transatlantic-trade-and-investment-partnership-ttip-debate_20140715-0900-PLenary-8.

80 El debate de 11 de diciembre de 2018 puede verse en https://multimedia.europarl.europa.eu/en/webstreaming/plenary_20181211-0900-PLenary?seekTo=181211163437.

81 Sobre esta cuestión vid. MIGLIORATI, M., VIGNOLI, V., “When Politicization meets ideology: the European Parliament and free trade agreements”, *Rivista Italiana di Scienza Política*, Vol. 53(3), 2021, pp. 346-361.

fueron las resoluciones legislativas en las que el PE daba su aprobación a la celebración de los acuerdos⁸², por lo demás, pasando bastante desapercibidos; en cambio, se pronunció con carácter previo respecto a otros acuerdos como el CETA⁸³, el Acuerdo UE-Japón⁸⁴, o los ALC UE-Nueva Zelanda y UE-Australia⁸⁵.

Además, en reiteradas ocasiones se ha podido observar la contradicción entre los debates parlamentarios, que arrojan luz sobre las carencias democráticas y las violaciones de derechos fundamentales perpetradas por parte de las autoridades de los países socios, y el respaldo otorgado para establecer relaciones duraderas con esos mismos regímenes, sin alcanzar compromisos significativos de reforma. Así, el PE dio su aprobación a la celebración de los Acuerdos entre la UE y sus Estados miembros y Vietnam⁸⁶, a pesar de haber subrayado previamente la falta de disposiciones sobre las obligaciones de los inversores en materia de responsabilidad social de las empresas y, en general, la ausencia notoria de obligaciones en materia de respeto de los derechos humanos⁸⁷.

82 Resoluciones legislativas de 12 de febrero de 2020, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam, DO C 294, de 23 de julio de 2020; y de 13 de febrero de 2019, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur, DO C 449, de 23 de diciembre de 2020.

83 Resoluciones de 5 de mayo de 2010, sobre la próxima Cumbre UE-Canadá, DO C 81E, de 15 de marzo de 2011; y de 8 de junio de 2011, sobre las relaciones comerciales UE-Canadá, DO C 380E, de 11 de diciembre de 2012.

84 Resoluciones de 11 de mayo de 2011, sobre las relaciones comerciales UE-Japón, DO C 377E, de 7 de diciembre de 2012; de 13 de junio de 2012, sobre las negociaciones comerciales de la UE con Japón, DO C 332E, de 15 de noviembre de 2013; y de 25 de octubre de 2012, sobre las negociaciones comerciales de la UE con Japón, DO C 72E, de 11 de marzo de 2014.

85 Resoluciones de 25 de febrero de 2016, sobre la apertura de las negociaciones sobre los acuerdos de libre comercio con Australia y Nueva Zelanda, DO C 35, de 31 de enero de 2018; de 26 de octubre de 2017, que contiene la recomendación del Parlamento Europeo al Consejo sobre la propuesta de mandato de negociación para las negociaciones comerciales con Australia, y de 26 de octubre de 2017, que contiene la recomendación del Parlamento Europeo al Consejo sobre el mandato de negociación para las negociaciones comerciales entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, ambas DO C 346, de 27 de septiembre de 2018. Este último acuerdo se ha firmado el 9 de julio de 2023 y ha recibido la aprobación del Parlamento el 22 de noviembre de 2023. Resolución legislativa de 22 de noviembre de 2023, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda (06600/2023 – C9-0247/2023 – 2023/0038(NLE)).

86 Resoluciones legislativas de 13 de febrero de 2019, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Singapur, por otra, DO C 449, de 23 de diciembre de 2020; y de 12 de febrero de 2020, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra, DO C 294, de 23 de julio de 2021.

87 Al visionar este debate encontramos voces que reconocen que todavía queda mucho margen de mejora respecto a la protección de los derechos humanos en Vietnam y consideran que pueden alcanzarse a través de la implementación del Acuerdo; pero también voces más críticas que rechazan el acuerdo y llaman a posponer el voto hasta que se observen mejoras más significativas, pues la situación en el país es crítica. La transcripción de las intervenciones de los europarlamentarios puede verse en el Acta literal de las actuaciones “Conclusión del Acuerdo de Libre Comercio UE-Vietnam – Conclusión del Acuerdo de Libre

Por cuanto antecede, debemos enfatizar que, antes de ejercer sus prerrogativas formales de intervención y de conceder su aprobación a la celebración de los acuerdos comerciales de la UE, el PE debe llevar a cabo un escrutinio sistemático de los acuerdos comerciales de la UE y actuar en consecuencia, pues, de no lograrlo, se corre el riesgo de que “la previa aprobación del Parlamento” se convierta en un simple trámite.

2. Los acuerdos de naturaleza mixta y la decisión sobre la aplicación provisional

Los acuerdos comerciales de naturaleza mixta, celebrados de manera conjunta por la UE y sus Estados miembros con los países socios, merecen una mención aparte, puesto que agregan la decisión sobre su aplicación provisional, como una nueva etapa en el proceso formal de su conclusión, además de requerir la intervención de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros. Por regla general, la UE no aplica provisionalmente los acuerdos que celebra en solitario, pues el tiempo que transcurre entre la firma y la ratificación del acuerdo es relativamente corto, de modo que producirá efectos jurídicos casi de inmediato. Así sucedió con el ALC UE-Japón que, habiéndose firmado en Tokio el 17 de julio de 2018, entró en vigor el 1 de febrero de 2019⁸⁸, o con los ALC UE-Singapur y UE-Vietnam, que entraron en vigor en el plazo de un año⁸⁹.

En cambio, en lo que concierne a los acuerdos mixtos, donde los Estados miembros de la UE también son partes contratantes, a pesar de la indiscutible aplicabilidad del principio de cooperación leal entre la UE y sus Estados miembros⁹⁰, es frecuente que el proceso de ratificación experimente considerables retrasos⁹¹. Esta afirmación se ve ilustrada con el ejemplo del primer acuerdo de nueva generación de la UE, el ALC UE-Corea del Sur, que tardó algo más de cuatro años en ser ratificado y no se trataba de un acuerdo especialmente polémico⁹². Por

Comercio UE-Vietnam (Resolución) – Acuerdo de Protección de las Inversiones UE-Vietnam – Acuerdo de Protección de las Inversiones UE-Vietnam (Resolución) (debate)” en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2020-02-11-ITM-004_EN.html

88 Para un estudio sobre este acuerdo Vid. SUCIU, D.C., “El Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una asociación económica: una gran apuesta por el libre comercio”, *RGDE*, Núm. 48, 2019, pp. 98-131.

89 El ALC UE-Singapur se firmó el 19 de octubre de 2018 en Bruselas y entró en vigor el 21 de noviembre de 2019 y el ALC UE-Vietnam, el 30 de julio de 2019, entrando en vigor el 1 de agosto de 2020.

90 “De reiterada jurisprudencia se desprende que, en particular, tratándose de un acuerdo o de un convenio en parte competencia de la Unión y en parte de los Estados miembros, es necesario garantizar una estrecha cooperación entre estos últimos y las instituciones de la Unión tanto en el proceso de negociación y de celebración como en la ejecución de las obligaciones contraídas. Esta obligación de cooperar deriva de la exigencia de una unidad de representación internacional de la Unión”. Sentencia de 27 de marzo de 2019, *Comisión/Alemania*, C-620/16, EU:C:2019:256, apartado 93 y jurisprudencia allí citada.

91 Sobre las dificultades derivadas de la fase de conclusión vid. CZUCZAI, J., “Mixity in Practice: Some Problems and their (Real or Possible) Solution”, en HILLIOIN, C., KOUTRAKOS, P., *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 258-259.

92 El estado actualizado en el que se encuentra el proceso de ratificación de los demás acuerdos puede consultarse en la página web del Consejo correspondiente a la base de datos de tratados y acuerdos <https://www.consilium.europa.eu/es/documents-publications/treaties-agreements/>. Hasta el momento, 7 de octubre de 2023, dieciocho Estados miembros han ratificado el CETA, quince el API UE-Singapur y dieciséis el API UE-Vietnam. Por cuanto concierne a nuestro país, se puede indicar que España ratificó los tres acuerdos.

citar otro ejemplo, la entrada en vigor del CETA se producirá el primer día del segundo mes siguiente a aquel en que se hayan intercambiado por escrito las notificaciones de las partes que certifiquen que han finalizado su respectivos procedimientos y requisitos internos aplicables para la entrada en vigor, a menos que, de común acuerdo, se fije otra fecha⁹³. Pues bien, el acuerdo se firmó en Bruselas el 30 de octubre de 2016 y, seis años más tarde, tan solo cuenta con dieciocho ratificaciones por parte de los Estados miembros de la UE, por lo que parece que su entrada en vigor se demorará algunos años más.

A la vista de estas demoras, la aplicación provisional cumple una función fundamental para permitir una pronta aplicación del acuerdo y para cosechar los beneficios económicos que comporta el acuerdo, sin tener que esperar a que finalice el proceso de ratificación⁹⁴. Ciertamente, constituye “un buen remedio para superar la contradicción entre la lentitud del proceso interno de formación de la voluntad de los sujetos en obligarse y la conveniencia de una inmediata operatividad de todas o algunas de sus cláusulas en el acelerado tráfico internacional de nuestros días”⁹⁵. Por ello, en el caso del CETA, por ejemplo, a la espera de que concluyan los referidos procedimientos internos de ratificación, desde el 21 de septiembre de 2017 se aplican provisionalmente las partes del acuerdo que están comprendidas en los ámbitos de competencia exclusiva de la UE⁹⁶.

Como es bien sabido, la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por estos Acuerdo requiere la previa autorización de las Cortes Generales, al recaer su contenido en el ámbito regulado por el Art. 94.1 a) y e) de la Constitución española.

- 93 Artículo 30.7 del CETA, apartado 2. En aras de la exhaustividad, también se indica la autoridad a la que deberán dirigirse esas notificaciones, la Secretaría General del Consejo de la UE, para aquellas notificaciones dirigidas a la UE, y el Ministerio de asuntos Exteriores, Comercio y Desarrollo de Canadá, para las notificaciones dirigidas a este Estado. Los API regulan su entrada en vigor de forma muy similar. Vid. Artículo 4.15 del API UE-Singapur, apartado 2; y artículo 4.13 del API UE-Vietnam, apartado 2.
- 94 La Comisión abordó esta cuestión en respuesta a una pregunta formulada por un miembro del PE y no podía haberlo expresado con mayor claridad. Al ser interpelada sobre la “ilegalidad” de la aplicación provisional del CETA, la entonces Comisaria de Comercio Cecilia Malmström, hizo hincapié en que la aplicación provisional del CETA es una “decisión política”. La Comisaria recordó que el proceso de ratificación por parte de los parlamentos nacionales del ALC UE-Corea del Sur había durado cuatro años, durante los cuales, a través de la aplicación provisional, la UE se pudo beneficiar del crecimiento económico y las oportunidades que el Acuerdo suponía. Vid. Pregunta escrita y correspondiente respuesta formulada por la europarlamentaria France Jamet (ENF) E-006554/2017.
- 95 REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *Derecho Internacional Público. Curso general*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2010, en p. 273.
- 96 Notificación relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la UE y sus Estados miembros, por otra, DO L 238, 16 de septiembre de 2017. Declaraciones para el acta del Consejo, DO L 11, de 14 de enero de 2017. A estos efectos pueden verse también las preguntas escritas formuladas por los miembros del PE Anne-Marie Mineur (GUE/NGL) E-007781/2016 y Emanuel Maurel (S&D) E-003206/2016 al Consejo y a la Comisión, así como las respectivas respuestas en las que se recuerda que “como práctica habitual, solo se aplican provisionalmente las partes que son competencia de la Unión; y que el CETA podría aplicarse provisionalmente de manera parcial, al menos en la medida en que se encuadre en la competencia de la Unión”. Para un comentario pueden verse GATTI, M., “Provisional Application of EU Trade and Investment Agreements: A pragmatic Solution to Mixity Issues”, en FACH GÓMEZ, K. (coord.), *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, Bosch: Barcelona, 2017, pp. 69-84; KLEIMANN, D., KÜBEK

Desde un prisma estrictamente procedimental, a tenor del artículo 218 TFUE, apartado 5, el Consejo será el encargado de autorizar, a propuesta de la Comisión, la aplicación provisional del acuerdo antes de su entrada en vigor, por lo que el PE queda formalmente excluido del proceso de toma de decisiones en esta fase. Sin embargo, la Comisión ha asegurado a los miembros del PE, en reiteradas ocasiones⁹⁷, que no solicitará al Consejo que autorice la aplicación provisional de un acuerdo comercial, en tanto no hayan expresado su aprobación, y, en la práctica, el Consejo suele esperar a que el PE emita su aprobación antes de adoptar dicha decisión⁹⁸. Este es un uso relativamente reciente que es observado, sobre todo, cuando se trata de acuerdos de gran envergadura, cuyo propósito es la regulación a largo plazo de las relaciones comerciales entre la UE y sus socios⁹⁹, como, por ejemplo, el CETA¹⁰⁰. En contrapartida, el PE hace lo posible por emitir con celeridad su aprobación¹⁰¹.

El fundamento jurídico de esta práctica reside en el deber de informar cumplida e inmediatamente al PE en todas las fases del procedimiento¹⁰², impuesto por el artículo 218 TFUE, apartado 10, y se ha visto reforzado mediante el Acuerdo marco entre el PE y la Comisión, en el que la Comisión asumió el compromiso de facilitar “información exhaustiva al Parlamento en el momento oportuno cuando se rubrique un acuerdo internacional” e informarlo lo antes posible de su intención de proponer su aplicación provisional al Consejo, así como de los motivos para ello, a menos que “por razones de urgencia no esté en condiciones de hacerlo”¹⁰³. Además, en los términos señalados previamente, esta información se deberá remitir al PE, a través de la INTA “con la suficiente antelación”¹⁰⁴, para dar lugar a un verdadero diálogo interinstitucional y garantizar el efecto útil del proceso de consulta¹⁰⁵. De no darse un diálogo significativo, podría originarse una situación complicada desde una perspectiva política, en la que un Acuerdo aplicado provisionalmente durante un largo periodo de tiempo, incluso varios

G., “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU the Case of CETA and Opinion 2/15”, *EUI Working Papers*, RSCAS 2016/58, en p. 17.

97 A este respecto pueden verse las preguntas escritas dirigidas a la Comisión —y sus correspondientes respuestas— por parte de los europarlamentarios: Dietmar Köster (S&D) P-002491/2015; Emanuel Maurel (S&D) E-008921/2016; Ismail Ertug (S&D), Dietmar Köster (S&D) and Maria Noichl (S&D) P-001993/2016; José Bové (Verts/ALE) P-002794/2016; Agnes Jongerius (S&D) P-003357/2016.

98 Vid. DASHWOOD, A., *Op. cit.*, en p. 193; HELIKOSKI, J., “Provisional Application of EU Free Trade Agreements”, en HAHN, M., VAN DER LOO, G. (eds.), *Law and Practice of the Common Commercial Policy: The First 10 years after the Treaty of Lisbon*, Brill Nijhoff: Boston, 2020, pp. 586-614, en p. 594.

99 HOFFMEISTER, F., *Op. cit.*, en p. 323.

100 El CETA se viene aplicando provisionalmente desde el 21 de septiembre de 2017 y la resolución por la que el PE concede su aprobación a la conclusión del acuerdo data del 15 de febrero del mismo año. Vid. Resolución legislativa de 15 de febrero de 2017, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, DO C 252, 18 de julio de 2016.

101 En este sentido, PODGORNY, M.-J., *Op. cit.*, en p. 74.

102 Sentencia *Parlamento/Consejo*, C263/14, apartado 76.

103 Punto 7 del Anexo III “Negociación y celebración de acuerdos internacionales” del Acuerdo marco.

104 Punto 24 del Acuerdo marco.

105 Vid. PASSOS, R., “Some Issues Related to the Provisional Application of International Agreements and the Institutional Balance”, en CZUCZAI, J., NAERT, F. (eds.), *The EU as a global actor. Bridging Legal Theory and Practice: Liber Amicorum in Honour of Ricardo Gosalbo Bono*, Brill Nijhoff: Leiden, 2017, pp. 380-393, en p. 383.

años, deba darse por terminado al no concurrir la aprobación del PE. Ello afectaría gravemente a la estabilidad y la seguridad jurídica en las relaciones internacionales y, sobre todo, a la imagen que proyecta la Unión como actor internacional y socio comercial¹⁰⁶.

No obstante, cuando se trata de acuerdos que es necesario aplicar con celeridad, se pueden hacer excepciones y esta práctica no es observada. La que fuera Comisaria de Comercio durante el periodo 2014-2019, Cecilia Malmström, trató esta cuestión en su audiencia ante el PE. A la pregunta “¿Se compromete formalmente la Comisaria propuesta a no solicitar la aplicación provisional de acuerdos comerciales, incluidos los capítulos comerciales de los acuerdos de asociación, antes de que el Parlamento Europeo conceda su aprobación a tales acuerdos?”, la entonces candidata a Comisaria de comercio afirmó que “esta práctica requiere cierta flexibilidad, ya que siempre habrá ocasiones en las que la urgencia de un determinado expediente o su carácter técnico no permitan retrasar su aplicación a la espera del consentimiento del Parlamento Europeo”¹⁰⁷. Ejemplo de ello fue la aplicación provisional de los acuerdos de asociación con Georgia y Moldavia, o la aplicación provisional de medidas muy técnicas, como la adaptación de los acuerdos internacionales de la UE como consecuencia de la adhesión de Croacia.

Ciertamente, no son estos los únicos supuestos en los que esta práctica fue omitida. Entre otros, encontramos la aplicación provisional de los Acuerdos de Ginebra sobre el comercio de bananos entre la UE y varios países americanos¹⁰⁸ y, en la práctica más reciente motivada por la coyuntura política, la aplicación provisional del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmado el 30 de diciembre de 2020¹⁰⁹. La conclusión de este Acuerdo ha encontrado muchos escollos en el camino y al finalizarse a tan solo una semana de la terminación del periodo transitorio, se aplicó provisionalmente a partir del 1 de enero de 2021, mientras que la aprobación del PE se concedió unos meses más tarde, el 28 de abril de 2021¹¹⁰. Durante una Conferencia de Presi-

106 Desde luego, esta no sería una situación inédita, como ya vimos, el PE había denegado el consentimiento a algunos acuerdos (Acuerdo SWIFT y el Segundo Protocolo al Acuerdo de Pesca con Marruecos) que estaban siendo aplicados de manera provisional. Vid. PASSOS, R., “The External Powers...”, *Op. cit.*, en pp. 88-95.

107 Cuestionario del Parlamento Europeo respuestas de la comisaria propuesta Cecilia Malmström, que se encuentra disponible en: https://www.europarl.europa.eu/hearings-2014/resources/questions-answers/Hearings2014_Malmstr%C3%B6m_Questionnaire_es.pdf.

108 Decisión del Consejo de 7 de marzo de 2011, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo de Ginebra sobre el comercio de bananos entre la Unión Europea y Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela y del Acuerdo sobre el comercio de bananos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, DO L 141, de 9 de junio de 2010.

109 Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra. DO L 444, de 31 de diciembre de 2020.

110 Resolución legislativa de 28 de abril de 2021, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, y del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a los procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada, DO C 506, de 15 de diciembre de 2021.

dentes a la que han acudido los líderes de los distintos grupos políticos del PE y el presidente David Sassoli, la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, y el negociador jefe de la UE, Michel Barnier, se ha dejado claro que esta es una excepción a la costumbre que se viene observando y que no debe convertirse en un precedente: “la Conferencia de Presidentes acepta una aplicación provisional para mitigar la disrupción para ciudadanos y empresas y prevenir el caos de un escenario sin acuerdo. Esta decisión sobre esta aplicación provisional específica no constituye un precedente ni reabre compromisos establecidos entre las instituciones de la UE”¹¹¹.

V. LOS MÉTODOS DE INTERVENCIÓN INDIRECTA DEL PARLAMENTO EUROPEO

Para completar su labor, al margen de las funciones que desempeña en el marco de los procesos de negociación de acuerdos específicos, el PE ha adoptado por iniciativa propia diversas resoluciones no legislativas para reflejar su postura¹¹², como método de intervención indirecta en la definición de las líneas estratégicas de la política comercial de la UE, que le permiten hacer uso de sus *soft powers* o, lo que es lo mismo, de sus poderes informales.

En esta línea se sitúan las resoluciones adoptadas en respuesta a las estrategias comerciales publicadas por la Comisión¹¹³. Por ejemplo, en su resolución del año 2011 el PE, en una nota positiva, consideró que “los acuerdos de libre comercio (ALC) son importantes instrumentos para el acceso a los mercados”, e insistió en que “todo nuevo acuerdo de libre comercio concluido por la UE debería ser compatible con la OMC, global, ambicioso (también en lo referente al desarrollo sostenible), equilibrado y dirigido a lograr un auténtico acceso recíproco a los mercados e ir más allá tanto de los compromisos multilaterales existentes como de los resultados esperados de una conclusión satisfactoria del Programa de Doha para el Desarrollo”. Sin embargo, no quiso desaprovechar la oportunidad para recordar a la Comisión y al Consejo “que deben considerar seriamente las opiniones del Parlamento a la hora de decidir los mandatos” y que, “si quieren que el Parlamento ejerza de forma responsable sus competencias de

111 Nota de prensa *European Parliament to scrutinise deal on future EU-UK relations* de 28 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20201228IPR94701/european-parliament-to-scrutinise-deal-on-future-eu-uk-relations>. Para un comentario sobre la ratificación del Acuerdo por parte del PE vid. VAN DER LOO, G., CHAMON, M., “The European Parliament flexes its muscles on the EU–UK trade deal”, *European Policy Center – Commentary*, de 5 de marzo de 2021, disponible en: <https://epc.eu/en/Publications/The-European-Parliament-flexes-its-muscles-on-the-EUUK-trade-deal~3c43bc>.

112 Esta práctica encontraría amparo en el artículo 114 del Reglamento interno del Parlamento Europeo, DO L 302, de 22 de noviembre de 2019.

113 En respuesta de las estrategias *Europa Global, Comercio, Crecimiento y Asuntos mundiales, y Comercio para todos y Una política comercial abierta, sostenible y firme*: Resoluciones de 22 de mayo de 2007, sobre una Europa global — Aspectos externos de la competitividad, DO C 102E, de 24 de abril de 2008; de 27 de septiembre de 2011, sobre una nueva política comercial para Europa en el marco de la Estrategia Europa 2020, DO C 56E, de 26 de febrero de 2013; de 5 de julio de 2016, sobre una nueva estrategia innovadora y orientada al futuro en materia de comercio e inversión, DO C 101, de 16 de marzo de 2018; de 26 de noviembre de 2020, sobre la revisión de la política comercial de la UE, DO C 425, de 20 de octubre de 2021.

aprobación, le deben hacer participar en todas las fases, desde el acuerdo sobre el mandato de negociación y en cada una de las rondas de las negociaciones”¹¹⁴.

A este objetivo responden también las resoluciones monotemáticas del PE acerca del enfoque que, a su parecer, debería adoptarse en relación con determinados capítulos de los acuerdos comerciales de la UE que afectan a cuestiones esenciales de la vida cotidiana como el tratamiento de los derechos humanos, los estándares sociales y medioambientales, la responsabilidad social de las empresas, o la cuestión sobre la igualdad de género¹¹⁵. Por ejemplo, respecto a esta última cuestión, que es la más novedosa en el discurso europarlamentario, se pide a la Comisión “que se asegure de que la perspectiva de género se integre en la política comercial y en materia de inversión, dado que esto permitiría maximizar los beneficios globales obtenidos de las oportunidades comerciales para todos”. A su juicio, “la política comercial puede contribuir a promover la igualdad de género en la escena internacional, y debería usarse como herramienta para mejorar las condiciones de vida y laborales de las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, por ejemplo, respaldando la reducción de las brechas salariales por cuestiones de género y promoviendo la creación de trabajos de mejor calidad para las mujeres”¹¹⁶.

De igual manera, este método de intervención indirecta se ha instrumentalizado para colmar las lagunas que todavía encontramos en la regulación de la intervención del PE en la fase de implementación y seguimiento de los acuerdos comerciales de la UE. Así, una vez adoptado el acuerdo, el PE carece de prerrogativas formales de intervención, de modo que no tiene capacidad de decisión sobre la suspensión de la aplicación de los acuerdos internacionales que ya no cuentan con su respaldo ni, en sentido contrario, para proteger la aplicación de un acuerdo internacional que cuenta con su apoyo, en el caso de que el Consejo y la Comisión deseen promover y adoptar la suspensión de su aplicación¹¹⁷.

Ante la imposibilidad de pronunciarse directamente o iniciar un procedimiento de suspensión, el PE eligió manifestar su postura de manera indirecta a través de diversas resoluciones. Un ejemplo destacado, aunque no se refiere a un acuerdo comercial, es la resolución en la que, tras resaltar los diferentes problemas que la aplicación del acuerdo estaba ocasionando, instó a la Comisión a suspender el Acuerdo SWIFT¹¹⁸. Así afirmó que, “si bien (...) no posee com-

114 Resolución de 27 de septiembre de 2011, sobre una nueva política comercial para Europa en el marco de la Estrategia Europa 2020, puntos 14 y 15.

115 Resoluciones de 25 de noviembre de 2010, sobre la responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional, y sobre los derechos humanos y las normas sociales y medioambientales en los acuerdos comerciales internacionales, publicadas ambas en DO C 99E, de 3 de abril de 2012; y de 5 de julio de 2016, sobre la aplicación de las recomendaciones del Parlamento del año 2010, relativas a los estándares sociales y medioambientales, los derechos humanos y la responsabilidad civil de las empresas, DO C 101, de 16 de marzo de 2018; y de 6 de octubre de 2022, sobre el resultado de la revisión por parte de la Comisión del plan de acción de quince puntos sobre comercio y desarrollo sostenible, DO C 132, de 14 de abril de 2023.

116 Resolución de 13 de marzo de 2018, sobre la igualdad de género en los acuerdos comerciales de la Unión, DO C 162, de 10 de mayo de 2019, punto 24.

117 KLEIZEN, B., *Op. cit.*, en p. 10.

118 Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, DO L 195, de 27 de julio de 2010. El PE, preocupado por

petencias formales, en virtud del artículo 218 TFUE, para proceder a la suspensión o rescisión de un acuerdo internacional, la Comisión deberá actuar siempre que el Parlamento retire su apoyo a un acuerdo concreto”, y señaló que, “a la hora de decidir si dar o no su aprobación a futuros acuerdos internacionales”, tendrá en cuenta las respuestas de la Comisión y el Consejo en relación con este Acuerdo¹¹⁹.

A este primer ensayo, como botón de muestra de la intervención indirecta por parte del PE en el seguimiento de la aplicación de los acuerdos comerciales, se suma la resolución sobre la aplicación del ALC UE-Corea. El PE donde puso de relieve que “el Acuerdo es un proceso y no una transición puntual, por lo que sus actividades deberían seguir, en la práctica (...), sometidas a análisis y evaluaciones periódicos con respecto a los efectos comerciales en sectores económicos específicos de la Unión y de cada uno de los Estados miembros, respectivamente”. Tras reconocer que “el Acuerdo cumple las expectativas de las partes en lo que se refiere al aumento del comercio bilateral y a la consolidación de la asociación comercial”, apuntó que todavía había cuestiones que “deberían examinarse, revisarse, ejecutarse de forma adecuada y aplicarse en el marco y el espíritu del Acuerdo y el diálogo con Corea”. Entre los problemas existentes señaló la ausencia de ratificación por la parte coreana de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo e instó a la Comisión a entablar consultas oficiales con el Gobierno de Corea, de conformidad con las vías previstas por el Acuerdo¹²⁰. Ciertamente, estas presiones dieron sus frutos, puesto que derivaron en la celebración de consultas y el nombramiento del Panel de Expertos que emitió su informe en enero de 2021 y, posteriormente, en la modificación de la legislación coreana, así como la ratificación de los Convenios de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, y sobre el trabajo forzoso¹²¹.

Por último, el ejercicio de este *soft power* también ha mediatizado el contenido de los informes anuales de seguimiento preparados por la Comisión sobre de la aplicación de los acuerdos comerciales de la UE, puesto que, a petición del PE, ahora abordan en mayor detalle la implementación de los capítulos dedicados al desarrollo sostenible¹²². Ello pone de manifiesto que, si bien, desde un prisma estrictamente jurídico, no se trata de actos cuyo contenido sea vincu-

la vigilancia que la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos estaba llevando a cabo, así como por la posible vulneración de los derechos fundamentales relativos a la privacidad y la protección de datos, pidió que se llevara a cabo “una investigación técnica *in situ* completa” por parte del Centro Europeo de Ciberdelincuencia, de las acusaciones de acceso no autorizado a los datos de pagos financieros que presuntamente estaban llevando a cabo las autoridades estadounidenses.

119 Vid. Resolución de 23 de octubre de 2013, sobre la suspensión del Acuerdo TFTP a raíz de la vigilancia de la NSA, DO C 208, de 10 de junio de 2016, punto 11.

120 Resolución de 18 de mayo de 2017, sobre la aplicación del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Corea, DO C 307, de 30 de agosto de 2018, puntos 1 y 7.

121 SUCIU GAVRILOAIE, D.C., “El bilateralismo en...”, *Op. cit.*, en p. 238. El informe, el documento de solicitud de consultas, así como la solicitud para el establecimiento del Panel y todos los documentos relacionados pueden consultarse en: https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/dispute-settlement/bilateral-disputes_en.

122 *Vid.* la intervención del Director General Adjunto de Comercio, Denis Redonnet —nombrado en 2020 para ocupar el cargo de Alto Responsable de la Aplicación de la Política Comercial de la UE— en la sesión de la INTA sobre el Informe de Implementación de los Acuerdos Comerciales de la UE. Sesión que tuvo lugar

lante, una vez puestas de manifiesto las “líneas rojas” del PE¹²³, si la Comisión y el Consejo aspiran a obtener su aprobación, deben asegurarse de adaptar la política comercial de la UE en consecuencia. Con una acertadísima conclusión que compartimos plenamente, Richardson se refirió a estas resoluciones del PE como “últimátum estratégico”¹²⁴.

VI. IDEAS FINALES

En la era post-Lisboa, el PE se ha convertido en un actor clave en la definición de la política comercial común y en el proceso de celebración de los acuerdos comerciales de la UE. En comparación con otros ámbitos normativos, como la política convencional de la UE sobre la readmisión de los inmigrantes irregulares —donde el deber de transparencia e información inmediata y completa al PE no es observado¹²⁵—, en el ámbito comercial, la cooperación entre las instituciones parece funcionar de manera más eficaz¹²⁶. En este contexto, en la presente contribución se ha puesto de relieve que las prerrogativas formales consagradas en los tratados de la UE, así como los derechos de información y consulta asegurados a través de acuerdos interinstitucionales, han legitimado al PE para ejercer un importantísimo control parlamentario directo a lo largo de todas las fases del proceso de conclusión de los acuerdos comerciales de la UE y permiten hablar de la transición hacia un procedimiento más democrático.

No obstante, una lectura detenida de la intervención del PE en el proceso de toma de decisiones también ha revelado algunas áreas problemáticas que deben ser objeto de consideración y mejora en el futuro. Como primera cuestión, es preciso asegurar una mayor coherencia y responsabilidad en el desempeño de las funciones del PE, con vistas a mantener un compromiso constante en la protección de los intereses que representa. Ello significa que se deben examinar de manera habitual todos los acuerdos propuestos y no solo los que despiertan el interés de la sociedad civil organizada. Para lograrlo, es necesario preservar la independencia del PE y proporcionar a sus comisiones parlamentarias los recursos adecuados para llevar a cabo las investigaciones y análisis económicos ineludibles para formar su opinión. Ello hará que no dependan de estudios sesgados por los intereses políticos y económicos de terceros, de manera que se pueda prevenir una politización desmedida de la política comercial de la UE.

el día 30 de noviembre de 2020: https://multimedia.europarl.europa.eu/en/committee-on-international-trade_20201130-1645-COMMITTEE-INTA_vd.

123 VAN DEN PUTTE, L., DE VILLE, F., ORBIE, J., *Op. cit.*, en p. 3.

124 RICHARDSON, L., *Op. cit.*, en p. 9; YAN, S., *Op. cit.*, en p. 11.

125 DÍEZ PERALTA, E., “La política convencional de la UE sobre readmisión de inmigrantes irregulares: una cooperación opaca y con implicaciones graves para los derechos humanos”, *REDI*, Vol. 73/2, 2021, pp. 69-84, en p. 72.

126 Incluso en el punto 40 del Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación, DO L 123, de 12 de mayo de 2016, en relación con la negociación y celebración de acuerdos internacionales “las tres Instituciones reconocen la importancia de garantizar que cada institución pueda ejercer sus facultades y cumplir sus deberes, establecidos en los Tratados e interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” y se proponen “negociar la mejora de las disposiciones prácticas de cooperación e intercambio de información dentro del marco de los Tratados, conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, aunque este acuerdo aún no se ha producido.

Ciertamente, involucrar a la sociedad civil en la toma de decisiones trae consigo una mayor legitimidad, pero deben preverse métodos de colaboración directa con las asociaciones y organizaciones interesadas, como los encuentros periódicos que mantiene la Comisión con diversos grupos de interés, y evitar la falta de transparencia y las prácticas informales que pueden socavar la integridad del PE.

En un segundo orden de ideas, también se ha expuesto que el PE ha empleado con regularidad los métodos de intervención indirecta, es decir, el ultimátum estratégico, para colmar algunas lagunas normativas que todavía podemos apreciar en este ámbito. En particular, para dar a conocer su postura respecto a las condiciones de aplicación de los acuerdos, para subrayar la necesidad de suspender su aplicación o, de manera más general, para exponer los principios fundamentales que, a su juicio, deben gobernar las relaciones comerciales de la UE. A pesar de la eficacia demostrada de sus *soft powers*, la legitimidad democrática de la política comercial de la UE no puede considerarse plena mientras no se garantice efectivamente un equilibrio de pesos y contrapesos en todas las etapas, de modo que se amplíe el alcance de los poderes formales del PE y se mejore su participación directa en la fase de implementación de los acuerdos comerciales de la UE. Con ocasión del proceso de ratificación del ALC UE-Reino Unido, se ha establecido una Asamblea Parlamentaria de Asociación, integrada por miembros del PE y del parlamento británico, como foro para intercambiar opiniones sobre la asociación¹²⁷, y se ha logrado avanzar en esta dirección, pero, por el momento, se trata de una excepción. Aún persisten importantes desafíos en este ámbito, entre ellos, la falta de participación del PE en la decisión sobre la aplicación provisional o en el establecimiento de una postura común en el seno de los órganos creados por los acuerdos comerciales de la UE, a pesar de que estos órganos pueden adoptar actos que surtan efectos jurídicos.

Por tanto, resulta fundamental fomentar el debate sobre el déficit democrático presente aún en la política comercial de la UE, de modo que la aprobación del PE no se convierta en un simple acto de conformidad superficial, sino que implique una evaluación significativa de las relaciones exteriores de la UE con terceros Estados.

127 Vid. Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido, Artículo INST.5: Cooperación Parlamentaria del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido.

LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS. UN ESTUDIO SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA EXTRANJERÍA Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LA ÚLTIMA DÉCADA

FOREIGN WOMEN VICTIMS OF VIOLENCE. A STUDY ON THE EVOLUTION OF IMMIGRATION LAW AND INTERNATIONAL PROTECTION IN THE LAST DECADE.

CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS*

Sumario: I. LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: REFORMAS DESTACABLES EN LA ÚLTIMA DÉCADA. II. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE CIUDADANOS EUROPEOS: LA “FAMILIA EXTENSA”. III. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA: LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”, LAS VÍCTIMAS DE TRATA Y DE VIOLENCIA SEXUAL. IV. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: LA PERSECUCIÓN POR MOTIVO DE “IDENTIDAD SEXUAL” Y EL NUEVO REGLAMENTO DE ACOGIDA. V. VALORACIÓN FINAL.

RESUMEN: Las mujeres extranjeras residentes en España presentan un perfil de especial vulnerabilidad ante la violencia debido a una serie de factores relacionados con su propio proyecto migratorio, por lo que merecen un tratamiento legal diferenciado en la legislación española, incluyendo el ámbito de la extranjería y la protección internacional. El legislador español no fue siempre consciente de esta necesidad, pero en los últimos años se han adoptado normas con perspectiva de género en este campo, que se estudian en este trabajo diferenciando tres escenarios: el régimen de ciudadanos europeos, el régimen general de extranjería y el regulador de la protección internacional. Realizaremos un análisis crítico de las normas más destacables dirigidas a proteger a las mujeres extranjeras víctimas de violencias, centrando el periodo temporal en las posibles novedades acontecidas en la última década. Finalizaremos con una valoración en la que destacaremos las soluciones que se consideran positivas, otras negativas y algunas propuestas de mejora.

ABSTRACT: *Foreign women residing in Spain present a profile of special vulnerability to violence due to a number of factors related to their own migratory project, so that they deserve a differentiated legal treatment in Spanish legislation, including the scope of Immigration Law and the International protection regime. The Spanish legislator has not always been aware of this need, but in recent years regulations with a gender perspective have been adopted in this field. They will be studied in this paper distinguishing three different scenarios: the European citizens regime, the general immigration regime and the international protection system. We will carry out a critical analysis of the most notable regulations aimed at protecting foreign women victims of violence, focusing the time period on the possible developments that have occurred in the last decade. The last epigraph will tackle the positive and negative assessment of the main solutions and some proposals for improvement.*

Fecha de recepción del trabajo: 21 de julio de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de noviembre de 2023.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universitat de València (carmen.azcarraga@uv.es).
Todas las páginas Web consultadas en este estudio han sido revisadas a fecha 20 de julio de 2023.

PALABRAS CLAVE: Extranjería, protección internacional, mujeres extranjeras, derechos humanos, víctimas de violencia, violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos.

KEYWORDS: *Immigration Law, International Protection, Foreign women, Human Rights, Violence victims, Gender violence, Sexual violence, Human trafficking.*

I. LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: REFORMAS DESTACABLES EN LA ÚLTIMA DÉCADA

Toda mujer merece amparo frente a situaciones de violencia, independientemente de su nacionalidad. Partiendo de esa premisa, el presente trabajo se centrará en las violencias sufridas por las mujeres extranjeras residentes en nuestro país debido a las particulares circunstancias que rodean su proyecto migratorio. Sabemos que determinados factores favorecen perfiles de una mayor vulnerabilidad —sobre todo, aunque no solo, las que se hallan en España en situación administrativa irregular— lo que puede dificultar su salida de contextos violentos. Es por ello por lo que pueden verse necesitadas de una especial protección en términos jurídicos, requiriendo por ello un tratamiento legal diferenciado.

Factores tales como la dependencia económica o jurídica del agresor, la ausencia de redes familiares y de apoyo, la falta de conocimiento del idioma y de información acerca de los derechos que les asisten, la desconfianza hacia las autoridades y la policía, o la procedencia de culturas fuertemente patriarcales donde se normaliza la violencia contra las mujeres, pueden incidir en la decisión y en la viabilidad de alejarse de la violencia sufrida. Por el contrario, algunas de ellas puede que se decidan a romper con esa situación tras iniciar un cambio de perspectiva desde el punto de vista cultural, al descubrir una nueva realidad social y jurídica que otorga a la mujer un papel diferente en la sociedad y en la familia, con mayor libertad¹. Asimismo, realidades tan graves como la trata de seres humanos o la persecución por motivos de género en el ámbito del asilo impactan especialmente, como veremos, en este colectivo de personas.

El legislador español no fue siempre consciente de la necesidad de contar con una legislación específica que abordara esta problemática con el fin de proteger legalmente y en la práctica a las extranjeras víctimas de violencias. No obstante, con el tiempo ha ido adoptando normativa en este sentido tal y como tuvimos la oportunidad de explicar en una contribución anterior², en la que se realizó un estudio de la normativa existente en España en aquel momento en el marco del Derecho de extranjería y la protección internacional poniendo el foco en determinadas situaciones de violencia que sufren especialmente las mujeres inmigrantes.

Ahora, transcurrida una década desde aquel estudio, nos preguntaremos si ha habido alguna novedad que haya podido mejorar el marco jurídico estudiado en el pasado, analizando de

1 SOTO MOYA, M., “Ciudadanía, familia y mujer inmigrante víctima de violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 42, 2008, pp. 177-198, pp. 193 a 195.

2 AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “La mujer inmigrante en la extranjería y el asilo” en VERDERA IZQUIERDO, B. (coord.), *El principio de igualdad ante el Derecho privado. Una visión multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2013.

forma crítica antiguas y nuevas soluciones desde una perspectiva de género y de derechos humanos, e identificando aquellos aspectos que, a nuestro juicio, merecen todavía una revisión.

Con este fin, dividiremos el estudio en los mismos tres escenarios previstos en aquella publicación: el régimen de ciudadanos europeos, el régimen general de extranjería y el regulador de la protección internacional.

El análisis de las posibles novedades adoptadas en la última década en los regímenes anteriormente expuestos exige la previa delimitación de las fuentes legales reguladoras de cada uno de ellos, así como el examen de las eventuales reformas que pudieran haber sufrido en los últimos diez años. Ello nos permitirá identificar posibles novedades que pudieran afectar al objeto de estudio.

En primer lugar, en el caso del régimen de ciudadanos europeos deberemos examinar el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo³ (RD 240/2007). Desde el año 2013 ha sido reformado en una ocasión, en 2015, por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁴. Analizaremos si tal modificación ha podido tener alguna incidencia para determinadas mujeres que recaen en el ámbito de aplicación personal de esta normativa.

En segundo lugar, el régimen general de extranjería se conforma principalmente por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵ (LOEx) y su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶ (RLOEx). Ambos textos legales han sido reformados en múltiples ocasiones desde su aprobación. En la década que nos ocupa destacaremos las modificaciones de la LOEx que más interesan al objeto de estudio, efectuadas por las siguientes normas por orden cronológico: la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana⁷, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁸ y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁹.

En tercer y último lugar, el escenario con el que finalizaremos se refiere al régimen de protección internacional, que incluye el derecho de asilo y la protección subsidiaria tal y como regula la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidia-

3 BOE núm. 51, de 28.02.2007.

4 BOE núm. 268, de 09.11.2015.

5 BOE núm. 10, de 12.1.2000.

6 BOE núm. 103, de 30.04.2011.

7 BOE núm. 77, de 31.03.2015.

8 BOE núm. 175, de 23.07.2015.

9 BOE núm. 215, de 07.09.2022.

ria¹⁰ (LAPS) y el Real Decreto 203/1995¹¹, que constituye el Reglamento de desarrollo de la Ley de asilo anterior de 1984 a la espera de que se adopte el correspondiente a la “nueva” Ley. En la última década, la LAPS ha sido reformada en cuatro ocasiones, de las cuales interesa subrayar la modificación más reciente, en virtud de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI¹². También mencionaremos brevemente el nuevo Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del sistema de acogida en materia de protección internacional, en la medida en que pueda contener disposiciones específicamente orientadas a las mujeres dentro de su ámbito de aplicación.

Partiendo de este marco jurídico examinaremos a continuación por separado cada uno de los tres regímenes señalados y las principales novedades que afectan a la situación legal de las extranjeras en nuestro país.

II. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE CIUDADANOS EUROPEOS: LA “FAMILIA EXTENSA”

El RD 240/2007, regulador del llamado “régimen europeo o comunitario”, contempla las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE) (Islandia, Noruega y Lichtenstein) (artículo 1 RD 240/2007). A estos hay que añadir a los nacionales de Suiza en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas de 21 de junio de 1999¹³ (Disposición Adicional Tercera RD 240/2007)¹⁴.

Además, junto con estas personas, que se reconocen como beneficiarias directas de un régimen que es considerado “privilegiado” respecto al general de extranjería, también pueden ampararse en el mismo de forma indirecta los miembros de sus familias que recoge el mismo texto legal, siendo precisamente dentro de la normativa aplicable a este colectivo de personas donde el legislador español ha incluido ciertas previsiones que tienen por objeto proteger legalmente desde el punto de vista de la extranjería a las extranjeras víctimas de violencias que residen en España.

Empecemos por delimitar qué miembros de la familia quedan cubiertos por este régimen. El RD 240/2007 se aplica también a ciertos familiares de las personas anteriormente mencionadas cuando las acompañen o se reúnan con ellas, con independencia de su nacionalidad,

10 BOE núm. 263, de 31.10.2009.

11 BOE núm. 52, de 02.03.1995.

12 BOE núm. 51, de 01.03.2023.

13 BOE núm. 148, de 21.06.2002.

14 En aras de simplificar la explicación de esta normativa utilizaremos los términos régimen o nacional “europeo o comunitario” de forma indistinta para hacer referencia a esta normativa y a los colectivos de personas que se rigen por la misma, debiendo entenderse que incluyen también a los nacionales de los países cubiertos que no pertenecen a la Unión Europea.

teniendo en cuenta, además, que la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 1 de junio de 2010¹⁵ clarificó que este régimen es asimismo de aplicación a los familiares extracomunitarios de los nacionales españoles.

Los familiares que se contemplan dentro de su ámbito de aplicación subjetivo se recogen inicialmente en el artículo 2 RD 240/2007 y, como novedad acontecida en el periodo temporal objeto de estudio, también ahora en el artículo 2 bis introducido por el citado Real Decreto 987/2015, que amplió el alcance personal de este instrumento. En el artículo 2 se han incluido tradicionalmente a las siguientes personas (en la redacción promovida por la citada STS de 2010, que declaró nulos algunos incisos del texto originario):

- a) el cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o el divorcio (art. 2.a);
- b) la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el AEEE y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Se añade además que las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí (art. 2.b);
- c) los descendientes directos y los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de la pareja, que sean menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces (art. 2.c), y finalmente,
- d) los ascendientes directos y los de su cónyuge o pareja registrada, que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de la pareja (art. 2.d).

Además de estos familiares, como señalábamos antes, se añadieron posteriormente otras categorías de personas susceptibles de beneficiarse de manera indirecta del régimen europeo, que se relacionan actualmente en el artículo 2 bis RD 240/2007 en calidad de “familia extensa” tal y como reconoce el Preámbulo del RD de 2015 que introdujo esta novedad. Nos referimos en concreto a:

- a) los miembros de la familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2, que acompañen o se reúnan con el ciudadano europeo y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias: 1. Que en el país de procedencia estén a su cargo o vivan con él; o bien, 2. Que por motivos graves de salud o de discapacidad sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo de su cuidado personal.
- b) y finalmente, la pareja de hecho —no registrada— con la que el europeo mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el aparta-

15 RJ 2010\5470.

do 4.b) del mismo artículo 2 bis). Así, se entenderá “pareja estable” aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero, en todo caso si se prueba un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada.

Delimitado el alcance personal del RD 240/2007, procede recordar que el mismo contempla ciertas disposiciones que se refieren a circunstancias que pueden afectar en particular a las mujeres inmigrantes en cuanto familiares de los ciudadanos de los países europeos antedichos, y ello desde 2015 tanto en su concepción estricta —artículo 2— como extensa —artículo 2 bis—.

Al respecto resulta necesario entender que la autorización para residir en España de estas mujeres depende de la relación de parentesco que les une al beneficiario directo, de modo que las vicisitudes que pudieran afectar tanto a este como a su relación podrían incidir en su situación administrativa en nuestro país. Dentro de este régimen, las mujeres no europeas viven situaciones de dependencia jurídica, y algunas también económica e incluso psicológica, en ocasiones respecto de personas que les agreden y favorecen su condición de víctimas de violencia. En determinadas realidades complejas en las que les puede resultar muy difícil solicitar ayuda, el legislador ha de intervenir. Y así sucedió desde la redacción originaria del RD 240/2007, en parte por impulso del legislador europeo al transponer la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁶.

El RD 240/2007 se ocupa de romper la dependencia jurídica del familiar (o de la familiar concretamente, dependiendo del supuesto) respecto del ciudadano europeo impidiendo que se vea afectada su residencia en España por ciertas circunstancias vinculadas a la vida del beneficiario directo o a la relación que les une, al regular en el artículo 9 el “Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja *registrada*¹⁷, en relación con el titular del derecho de residencia”¹⁸.

Esta disposición, que, como señalábamos anteriormente, existe desde la versión inicial del RD 240/2007, ha visto extendido su ámbito de aplicación personal en el periodo que estamos analizando al haberse ampliado el concepto de “miembro de la familia” por mor del artículo 2 bis RD 240/2007, lo que implica en la práctica que más mujeres extranjeras, algunas víctimas de violencias, han podido beneficiarse desde 2015 del derecho a conservar la residencia del régimen comunitario en determinadas circunstancias previstas por la norma. Hoy, se han incluido más modelos de familia y ello implica, por lo que respecta a las parejas, no solo al

16 DOUE L 229, de 29.06.2004.

17 Entendemos que la exigencia de registro de la pareja ha quedado superada por la inclusión desde 2015 de la “pareja de hecho no inscrita con relación estable debidamente probada” del artículo 2 bis del RD 240/2007, por lo que eliminaremos esta referencia o añadiremos el nuevo modelo familiar en la explicación de los supuestos que contempla el artículo 9 del RD 240/2007.

18 La redacción actual proviene del Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE núm. 285, de 26.11.2011.

cónyuge o miembro de pareja de hecho registrada, sino también las conformadas por parejas no inscritas con relación estable.

De este modo, si el nacional de alguno de los países europeos señalados fallece o sale del país, la norma dispone que el cónyuge o miembro de la pareja podrá conservar su autorización de residencia en España si se dan los requisitos contemplados en los apartados 2 y 3 del artículo para cada una de esas dos situaciones. En el supuesto de fallecimiento, conservarán la residencia si han residido en España en calidad de miembros de la familia antes del fallecimiento del titular del derecho. Por otro lado, por lo que respecta tanto a la salida de España como al fallecimiento del ciudadano europeo, tales circunstancias no supondrán la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga atribuida la custodia efectiva de estos, con independencia de su nacionalidad, siempre que estos residan en España y se encuentren matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, hasta su finalización.

Junto con lo anterior, en el caso de nulidad matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada —o, añadiríamos, de la separación, si no está inscrita—, el familiar no europeo podrá conservar el derecho de residencia si se acredita alguno de los cuatro supuestos mencionados en el precepto. Uno de ellos exige un periodo determinado de vigencia del matrimonio o pareja, dos se relacionan con el ejercicio del derecho de custodia o visita respecto de los hijos, y un cuarto se refiere a contextos de violencia. Se trata de los siguientes, alterando el orden recogido en la norma a efectos expositivos; dejamos para el final las situaciones de violencia contempladas en la letra c):

- a) Duración de al menos tres años del matrimonio o la pareja, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o de la cancelación de la inscripción de la pareja —o de la separación, si no está inscrita—, de los cuales deberá acreditarse que al menos durante uno de ellos ha estado en España.
- b) Otorgamiento por mutuo acuerdo o decisión judicial de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario al excónyuge o expareja que no sea nacional de los países cubiertos.
- c) Resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita al hijo menor de la persona no europea, cuando el niño o niña resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente.

En cuarto lugar, la letra c) del artículo 9 RD 240/2007 reconoce que el familiar no europeo podrá conservar el derecho de residencia en el caso de nulidad matrimonial, divorcio o fin de la pareja ante la existencia de “*circunstancias especialmente difíciles*”, tales como: 1. Haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o la situación de pareja; y 2. Haber sido sometido a trata de seres humanos por el cónyuge o pareja durante el matrimonio o situación de pareja.

En ambos supuestos¹⁹ se prevé la acreditación provisional de estas circunstancias y la posterior confirmación de estas con carácter definitivo. En el primer caso se acreditarán provisional-

19 El artículo 13.2 c) de la Directiva 2004/38/CE dispone que el divorcio, la nulidad matrimonial o el fin de la pareja registrada no supondrá la pérdida del derecho de residencia del familiar “*cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante*

mente cuando exista una orden de protección a favor de la mujer o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género y en el segundo cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de imputado (sic) y su familiar la de posible víctima. Ambas situaciones se considerarán acreditadas con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido efectivamente las circunstancias alegadas.

En conclusión, las mujeres extranjeras extracomunitarias cubiertas por el régimen de ciudadanos europeos en calidad miembros de la familia encuentran en el mismo una normativa que les permite conservar su derecho a residir en España en situación administrativa regular regida por este mismo régimen ante circunstancias que afectan a la persona —fallecimiento, salida de España— o a la relación de parentesco de la que dependen —crisis matrimoniales o de pareja—, incluyendo determinadas situaciones de violencia producidas precisamente por la persona a la que están vinculadas jurídicamente (además de económica y psicológicamente en muchos casos), lo que dificultaría las opciones que tendrían de escapar de estos escenarios de no existir tal normativa. Se trata pues de un régimen acertado del que se pueden beneficiar actualmente tanto las mujeres casadas como las que se hallen en situación de pareja de hecho, registrada o no, siempre que cumplan los requisitos exigidos a las relaciones estables a estos efectos.

III. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA: LAS “DEVOLUCIONES EN CALIENTE”, LAS VÍCTIMAS DE TRATA Y DE VIOLENCIA SEXUAL.

Tal y como se ha adelantado *supra*, en los diez últimos años son tres principalmente las reformas de la LOEx que inciden especialmente en situaciones que pueden sufrir mujeres extranjeras a las que no resulta de aplicación el régimen de ciudadanos europeos. Se refieren —cronológicamente— a los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla, a la regulación de la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas de violencia sexual.

1. Las mujeres víctimas de las “devoluciones en caliente”.

Comencemos por el “Régimen especial de Ceuta y Melilla” contenido en la Disposición adicional décima de la LOEx. Esta normativa fue introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que procedió, tras años de alegalidad, a “habilitar jurídicamente” una controvertida práctica en frontera que genera dudas desde la perspectiva de los derechos humanos de los que son titulares los migrantes que pretenden

el matrimonio o la unión registrada”. Nótese por lo tanto que en el Derecho español se habla de “violencia de género” (y no doméstica), además de haberse extendido a situaciones de sometimiento a trata de seres humanos por la pareja.

alcanzar territorio español por puestos no habilitados de esas ciudades: las conocidas como “devoluciones en caliente”²⁰.

El primer apartado de tal Disposición señala que “1. *Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España*”. Se prevé por lo tanto el “rechazo en frontera” de las personas extranjeras que sean detectadas en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención para cruzar irregularmente la frontera, unos hechos que por desgracia suceden con cierta frecuencia en tales demarcaciones geográficas, en algunas ocasiones para repeler saltos masivos con resultados trágicos²¹.

Las devoluciones en caliente han sido objeto de jurisprudencia reciente a destacar. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre su adecuación al artículo 13 del Convenio de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²² (CEDH) relativo al derecho a un recurso efectivo y al artículo 4 del Protocolo nº 4 del CEDH de 1963²³ sobre la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros y el Tribunal Constitucional español (TC) sobre la constitucionalidad de la norma que consagró legalmente estas prácticas. En ambos casos a raíz de unos hechos acontecidos en 2014 en la ciudad de Melilla (antes, por lo tanto, de la inclusión de la normativa cuestionada en la LOEx), cuando en agosto de ese año un grupo numeroso de personas, entre los que se encontraban los demandantes, trató de alcanzar territorio español a través de la valla fronteriza con Marruecos.

La Gran Sala del TEDH se pronuncia sobre estas devoluciones en la Sentencia de 13 de febrero de 2020 en el asunto *N. D. y N. T. c. España*, que resuelve el recurso presentado por el Gobierno de España a una sentencia previa de la sección tercera del mismo Tribunal de 3 de octubre de 2017. En 2020, el TEDH mantiene, a diferencia de la sentencia anterior y a pesar de lo suscrito en la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2299 de 2019²⁴, que no se han vulnerado los preceptos anteriormente señalados del CEDH y del

20 APARICIO WILHELMI, M., “Las “devoluciones en caliente” y la fría razón de Estado. Un análisis de las implicaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el contexto de la política de fronteras de la Unión Europea”, *Oñati socio-legal series*, Vol. 13, nº 3, 2023, pp. 936-953. El autor considera en las pp. 940-941 que asistimos a “un paulatino vaciamiento de las garantías esenciales que deben asistir a las personas migrantes y solicitantes de protección internacional”, y dentro de ese marco “Uno de los escenarios de tal vaciamiento lo encontramos no solamente en las sistemáticas prácticas de devoluciones en caliente, sino en el intento de habilitar jurídicamente tales acciones”.

21 El 24 de junio de 2022 fallecieron en la frontera de Melilla con Marruecos al menos 37 personas, 77 aún se encuentran desaparecidas y se produjeron 470 devoluciones ilegales y sumarias. Como denuncian desde AMNISTÍA INTERNACIONAL, un año después todavía no se han esclarecido los hechos ni se han depurado responsabilidades. SENANTE, A., “Tragedia en la valla de Melilla: Un año de impunidad tras la masacre”, 26 de junio de 2023. Disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/tragedia-en-la-valla-de-melilla-nunca-mas/>.

22 BOE núm. 243, de 10.10.1979.

23 BOE núm. 247, de 13.10.2009.

24 Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2299 (2019): “Pushback policies and practice in Council of Europe member States”, apartado 4: “The Parliamentary Assembly is concerned

Protocolo nº 4, entendiendo por ende que en este caso en particular no se habían violado los derechos a un recurso efectivo y a la prohibición de devoluciones colectivas de extranjeros.

Se posiciona además sobre diversos aspectos de interés a la hora de interpretar la Disposición adicional décima de la LOEx. Por un lado, delimita el concepto de “expulsión colectiva”: se considerará como tal cuando no exista un “análisis razonable y objetivo del caso particular de cada uno de los extranjeros del grupo”. Por otro lado, precisa el concepto de “jurisdicción” a efectos de determinar si efectivamente los demandantes se encontraban bajo la jurisdicción española, como así consideró en este asunto²⁵. A pesar de lo anterior, el Tribunal confirma la correcta actuación de España con base en dos argumentos principalmente: la llamada “doctrina de la conducta culpable” y la existencia de cauces legales y efectivos para la realización de trámites de extranjería y protección internacional.

En primer lugar, la “doctrina de la conducta culpable” se refiere a la propia actuación de los demandantes. Estos, según asegura el Tribunal, se colocaron en una situación de ilegalidad que impidió el procedimiento individualizado y el acceso al recurso, poniéndose en peligro ellos mismos participando en el asalto a la valla prevaleciéndose de ser un grupo numeroso y del uso de la fuerza²⁶. En segundo lugar, el alto Tribunal confirma la correcta actuación de las autoridades españolas debido a la existencia de cauces legales y efectivos para solicitar asilo o un visado en los países de origen, de tránsito o incluso en Marruecos, un argumento que ha sido fuertemente criticado por su nula virtualidad en la práctica, sobre todo ante las dificultades de acceso a los puestos habilitados por parte de las personas migrantes de origen subsahariano²⁷.

about the persistent and increasing practice and policies of pushbacks, which are in clear violation of the rights of asylum seekers and refugees, including the right to asylum and the right to protection against refoulement, which are at the core of international refugee and human rights law. In view of the gravity of the human rights violations involved, the Assembly urges member States to provide adequate protection to asylum seekers, refugees and migrants arriving at their borders, and thus to refrain from any pushbacks, to allow for independent monitoring and to fully investigate all allegations of pushbacks”. Disponible en <https://pace.coe.int/pdf/a6955e47abc67f0dc172df6d1a874060dd0541c35ffb5e496e1cd54384f42b19/res.%202299.pdf>.

- 25 El Gobierno español fundamentó las devoluciones en caliente en el concepto de “frontera operativa”, según el cual «la jurisdicción española comienza únicamente cuando los migrantes han cruzado las tres vallas que conforman el sistema fronterizo y han traspasado la línea policial», un argumento que rechazó la Gran Sala del TEDH, al igual que el TC posteriormente, que defendió que el concepto de frontera no puede ser establecido de forma discrecional por la Administración española. ACOSTA PENCO, T., “El abuso de derecho en la justificación jurisprudencial del «rechazo en frontera». Análisis de la STC 172/2020, de 19 de noviembre, y de la STEDH, de 13 de febrero de 2020, N. D. y N. T.c. España” *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73, nº 2, 2021, pp. 373-380, pp. 375-376.
- 26 VACAS FERNÁNDEZ, F., “Sombras, y algunas luces, en las sentencias de la Gran Sala del TEDH y del TCE de 2020 sobre expulsiones sumarias en frontera: ¿Aval judicial a un “derecho de excepción” permanente en materia de protección internacional de personas?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73, nº 2, 2021, pp. 365-372, p. 368. Este autor considera en la p. 370 que este argumento criminaliza a la víctima a través de “una presunción de culpabilidad casi *iuris et de iure*, pues la prueba en contrario que se exige es diabólica”.
- 27 Las graves dificultades de acceso que viven las personas migrantes, principalmente si son subsaharianas, es “un hecho notorio” según MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Las “devoluciones en caliente” tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)”, *Jueces para la democracia*, Nº 97, 2020, pp. 61-71, p. 64. También se critica que la STEDH obvia las múltiples denuncias que señalan cómo

Por lo anterior, la STEDH de 2020 en el asunto *N. D. y N. T. c. España* ha supuesto para algunos “un clarísimo punto de inflexión en su respuesta ante una política migratoria europea volcada de manera creciente en el reforzamiento de los mecanismos orientados a impedir la llegada irregular de inmigrantes a suelo europeo”²⁸, una postura, de sentido contrario a la instancia inferior²⁹, que se debe seguramente a la presión política recibida por el Tribunal³⁰ y que se reflejaría, de nuevo, unos meses más tarde en la jurisprudencia constitucional dictada en España interpretando la Disposición adicional décima de la LOEx.

Esta norma fue declarada acorde a la Constitución Española (CE) por Sentencia del TC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020³¹, y confirmada posteriormente por la Sentencia del TC 13/2021, de 28 de enero de 2021³². La primera de estas decisiones explica en su FJ 8 C) que tal previsión “permite que la administración y sus agentes practiquen una actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera” por la singularidad de su ubicación geográfica, no considerando que la medida sea “irrazonable o que carezca de justificación”. Ahora bien, tal y como señala en ese mismo fundamento jurídico la STC de 2020, así como la propia Disposición adicional décima en su apartado 2, la constitucionalidad se respetará siempre y cuando su aplicación en la práctica se realice respetando determinadas condiciones.

De acuerdo con la Disposición adicional décima, apartado 2, “*En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte*”. Y junto con ello, la referida Sentencia del TC de 2020 señala que el rechazo resultará conforme a la CE siempre que se interprete de acuerdo con los siguientes criterios: a) Aplicación a entradas individualizadas, b) Pleno control judicial; y c) Cumplimiento de las obligaciones internacionales, unas condiciones que según el propio Voto Particular contenido en la Sentencia son imposibles de cumplir ya que no concuerdan con la realidad que se vive en esas fronteras³³. La misma valoración —la imposibilidad de cumpli-

las personas migrantes de origen subsahariano ven recurrentemente impedido su acceso a los puntos habilitados por parte de la policía marroquí, en APARICIO WILHELMI, M., “Las “devoluciones en caliente” y la fría razón de Estado. Un análisis de las implicaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el contexto de la política de fronteras de la Unión Europea”, *cit.*, p. 945.

28 SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 72, nº 2, 2020, pp. 235-259, p. 256.

29 El TEDH en su Sentencia de 2017 consideró que estas actuaciones eran expulsiones colectivas prohibidas por los artículos 4 del Protocolo nº 4 del CEDH (prohibición de expulsión colectiva de extranjeros) y 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo). FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al tribunal de derechos humanos y al tribunal constitucional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 109-208, p. 199.

30 Junto con el Gobierno español en el procedimiento se personaron también otros Gobiernos de Estados miembros de la Unión Europea como Italia, Francia y Bélgica.

31 RTC 2020\172.

32 RTC 2021\13.

33 Voto particular emitido por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón: “En ausencia de un mínimo procedimiento y de la posibilidad de singularización de cada acto de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de esa concreta actuación. Tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e

miento— merece para la Magistrada la afirmación vertida en la Sentencia según la cual “de las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que (...) los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables”, en particular las mujeres embarazadas, los niños —sobre todo los no acompañados por sus familiares³⁴—, las personas con discapacidad o de avanzada edad.

Al respecto resulta importante subrayar que el artículo 58.4 II LOEx ordena que no sean devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre, luego *sensu contrario* se entiende que la Ley permite la devolución de mujeres en estado de gestación. En esta Sentencia del TC las considera “personas especialmente vulnerables”, una categorización oportuna siempre y cuando se cumplan en la práctica todas las condiciones antes expuestas, algo que parece poco realista en las circunstancias en que se suelen producir estos hechos. La realidad evidencia que no se está velando por el cumplimiento de estas obligaciones, y, de hecho, hace años que se denuncia tanto desde la academia como desde el terreno, que en esta clase de prácticas —que se dan a nivel europeo, no solo en España— se está vulnerando normativa nacional e internacional que consagra garantías y derechos de los que son titulares las personas extranjeras, también en las fronteras con Ceuta y Melilla.

El derecho a la asistencia letrada, a un intérprete si no se comprende el idioma o a la asistencia jurídica gratuita, son reconocidos por el artículo 22 LOEx a las personas extranjeras sujetas a procedimientos de expulsión o devolución. Derechos que, ante una devolución sumaria como las que se producen en estos casos, en ausencia además de cualquier tipo de procedimiento, son “vulnerados de manera flagrante”³⁵. Se ha considerado por ello que estas prácticas constituyen una patente violación de la tutela judicial efectiva de estas personas (artículo 20 LOEx)³⁶, no amparadas en ningún momento, además, por los Acuerdos firmados entre España y Marruecos sobre la circulación y la readmisión de extranjeros (1992) o en materia de emigración ilegal de menores no acompañados (2007)³⁷.

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). Por tanto, habría que haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto”.

- 34 Esta puntualización nos lleva a recordar los acontecimientos vividos en Ceuta en el verano de 2021, cuando miles de nacionales marroquíes entraron en territorio español, incluyendo decenas de niños y niñas sin familiares, que fueron devueltos a Marruecos sin respetar las mínimas garantías que permitieran proteger su interés superior. Tras analizar los hechos, la legislación aplicable y la jurisprudencia dictada al respecto, en SOLER GARCÍA, C., “La protección de los menores extranjeros no acompañados en la crisis de Ceuta de 2021: un análisis a la luz del derecho internacional y del derecho de la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 58, 2022, pp. 152-202, p. 202, se concluye que “ni las más adversas situaciones de afluencia migratoria, como la sufrida por España en mayo de 2021, pueden justificar la actuación de las autoridades españolas, manifiestamente contraria a las obligaciones internacionales y europeas basadas en el interés superior del menor”.
- 35 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al tribunal de derechos humanos y al tribunal constitucional”, *cit.*, p. 194.
- 36 CUADRÓN AMBITE, S., “Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿quebrantamiento de un derecho fundamental?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, 2021, pp. 381-387, p. 386, considera que estas devoluciones inmediatas ejecutadas en Ceuta y Melilla infringen “de forma patente” el derecho a la tutela judicial efectiva a pesar de la interpretación que establece el Tribunal Constitucional.
- 37 Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992.

A mayor abundamiento, las devoluciones ejecutadas en tales enclaves no aseguran la identificación individualizada de las personas que tratan de superar las vallas fronterizas, considerando pues sistemáticamente a todas ellas como migrantes irregulares que tratan de entrar ilegalmente a territorio nacional, dando lugar con ello a una “deficiente evaluación” de sus perfiles que priva a ciertas personas de la protección debida (como potenciales víctimas de trata o solicitantes de asilo) aplicándoseles directamente “severas legislaciones de extranjería” que solo atienden a su situación irregular y a la protección de la seguridad estatal, por delante de su condición de víctimas³⁸. Esta cuestión fue objeto de la STEDH en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, que obliga a los Estados al análisis individualizado de la situación de cada persona que pretende entrar irregularmente. Lo contrario viola el CEDH, que el alto Tribunal recuerda que es plenamente aplicable a todas las actuaciones de control migratorio y de fronteras que efectúen las autoridades de los Estados parte³⁹.

La carencia anterior impacta gravemente en el funcionamiento del sistema de protección internacional, régimen que será analizado con mayor profundidad en el epígrafe II.3 de este mismo trabajo y que el propio apartado 2 de la Disposición adicional décima de la LOEx, como ya hemos visto, obliga a respetar en los rechazos en frontera. Recordemos, “*En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte*”. El apartado 3 de esta misma Disposición concreta, además, que las solicitudes de protección internacional deberán formalizarse “*en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos*”. Tales lugares habilitados fueron anunciados en 2014 e inaugurados en 2015⁴⁰ pero su ineficacia ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones por entidades que trabajan en este campo⁴¹, que aseguran incluso que en Ceuta no se ha recibido solicitud alguna durante años⁴².

BOE núm. 100, de 25.04.1992. Este Acuerdo bilateral, que entró en vigor en el año 2012 (BOE núm. 299, de 13.12.2012), establece en el artículo 2 el procedimiento a seguir para la readmisión de los nacionales de países terceros que hubieren entrado ilegalmente en el territorio del Estado requirente (España) procedentes del Estado requerido (Marruecos); Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada, hecho *ad referendum* en Rabat el 6 de marzo de 2007. BOE núm. 70, de 22.03.2013.

38 SALINAS DE FRÍAS, A., “La insuficiente protección jurídica internacional de los migrantes irregulares víctimas de trata”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, nº 2, 2021, pp. 161-175, pp. 163 y 166.

39 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al tribunal de derechos humanos y al tribunal constitucional”, *cit.*, p. 195.

40 ACNUR y distintos medios de comunicación se hicieron eco de la noticia en <https://www.acnur.org/noticias/comunicados-de-prensa/acnur-da-la-bienvenida-la-creacion-de-oficinas-de-asilo-en-puestos>; <https://www.europapress.es/epsocial/derechos-humanos/noticia-interior-inaugura-oficinas-asilo-ceuta-melilla-20150313145459.html>; <https://elfarodemelilla.es/el-ministro-del-interior-inaugura-el-martes-la-oficina-de-asilo-de-melilla/>.

41 La Directora General de CEAR asegura que “El acceso al procedimiento de asilo en España sigue marcado por la persistencia de devoluciones ilegales en la Frontera Sur”. Disponible en Público, 14 de julio de 2023, en https://blogs.publico.es/otrasmiradas/74288/en-los-margenes-del-sistema-de-asilo/?fbclid=PAAaZb-dZepAZwgQAciKHdoTlpyon8WMXrzkhSAj8mqx2-5nrMTQPD9_RIBJxs.

42 CEAR, “Informe 2019: las personas refugiadas en España y Europa”, p. 66. Disponible en https://www.pear.es/wp-content/uploads/2019/07/INFORME_CEAR_2019.pdf.

Para muchas mujeres extranjeras que provienen de situaciones en las que han sufrido graves violaciones de derechos humanos resultaría esencial que se mejorara no solo el funcionamiento de esas Oficinas sino también la viabilidad de llegar a territorio español por la frontera con Ceuta y Melilla (de hecho, por cualquier vía que sea legal y segura). Se trata de una cuestión clave para el ejercicio del derecho a solicitar protección internacional a falta de que se articule con mayor claridad la posibilidad de hacerlo desde el extranjero en virtud de la legislación vigente, aunque se empieza a apreciar una tímida apertura de esta vía desde la STS 3445/2020, de 15 de octubre de 2020 debido a la situación que atraviesa Afganistán⁴³.

En definitiva, la Disposición Adicional décima de la LOEx “parece desconocer totalmente la legislación de extranjería, el Derecho internacional público y la normativa de derechos humanos”⁴⁴ y a pesar de ello, ha sido bendecida por la jurisprudencia analizada del TEDH y del TC español. En el Voto Particular de la Sentencia del TC de 2020 se afirma, y estamos de acuerdo, que seguramente la especial ubicación de estas ciudades podría justificar que se estableciera un procedimiento de devolución “especial” en la normativa de extranjería. Ahora bien, lo anterior no justifica que se haga prescindiendo completamente de un mínimo procedimiento y del

43 Cuando se adoptó la LAPS de 2009, el legislador restringió la posibilidad de solicitar protección internacional ante las Embajadas y Consulados de España en el extranjero, como permitía la Ley anterior de 1984 y otros Estados europeos (Austria, Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido, Francia o Suiza), que gradualmente han ido cerrando también esta vía de acceso como afirma FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., “Solicitudes de asilo patrocinadas presentadas en embajadas y consulados: un modelo basado en la experiencia española y en el programa canadiense de «private sponsorship»”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018, pp. 1-32, p. 8. Según SÁNCHEZ LEGIDO, A., “El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las Embajadas y Consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 41, 2021, pp. 1-30, p. 4, la novedad de la legislación española no fue un olvido sino una “omisión deliberada” como respuesta a la situación planteada en la Embajada española en El Cairo en 2007 por la masiva presentación de solicitudes de asilo de casi millar y medio de ciudadanos iraquíes. Actualmente las “Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados” se regulan en el artículo 38 LAPS, una posibilidad que la literalidad de la norma limita a “casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física”. Si se dan tales requisitos, el precepto señala que “los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”, remitiendo a un posterior desarrollo reglamentario que no parece llegar para conocer las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de ese posible traslado a España. A falta de tal desarrollo se debate en la doctrina española acerca de su virtualidad en la práctica (incluyendo la aplicación, o no, del artículo 16 del Reglamento de la anterior Ley de Asilo de 1984), con un elemento adicional para la discusión desde 2020: la STS 3445/2020, de 15 de octubre de 2020 (RJ 2020\3831), que ha defendido que “la falta de desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 38 de la Ley 12/2009 no impide la aplicación de sus previsiones a las solicitudes de protección internacional formuladas a su amparo”. A pesar de ello, y de que la norma se refiere expresamente a la posibilidad de promover el traslado de “solicitantes de asilo”, esta vía continúa cerrada *de facto* con carácter general, si bien en 2021 y 2022 se ha permitido en algunos casos desde las Embajadas de Pakistán e Irán para trasladar a nacionales de Afganistán. *Vid.* los Informes anuales de CEAR referentes a esos años (2023, p. 67. Disponible en <https://www.cear.es/informe-cear-2023/> y 2022, p. 76. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2022/06/Informe-Anual-2022.pdf>).

44 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al tribunal de derechos humanos y al tribunal constitucional”, *cit.*, p. 203.

respeto de garantías esenciales, ya que no existe justificación constitucional alguna para que la “restauración de la legalidad migratoria transgredida” se lleve a cabo de ese modo. Y todavía menos en el caso de las personas vulnerables expresamente citadas por el TC; entre otras, las mujeres embarazadas, con discapacidad, de edad avanzada o las niñas que estén tratando de alcanzar suelo español. En palabras de la Magistrada, “resulta evidente que esta apreciación denota ignorancia de las situaciones que se viven en la frontera sur”.

2. Las mujeres víctimas de trata de seres humanos.

La segunda reforma de la LOEx en los últimos diez años en la que nos vamos a detener se refiere a la operada por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reformó el artículo 59 bis relativo a las víctimas de trata de seres humanos. El hecho de que esta terrible realidad, sobre todo en la modalidad de explotación sexual, se cebe en especial con mujeres y niñas⁴⁵, en gran medida extranjeras, justifica que le prestemos una especial atención en este estudio. Este perfil encuentra su causa en el impacto que han tenido en este escenario los flujos migratorios⁴⁶ impulsados por factores económicos (capitalismo, feminización de la pobreza), políticos (conflictos armados, inestabilidad política), sociales y culturales (desigualdad, patriarcado)⁴⁷.

El artículo 59 bis LOEx fue introducido en el ordenamiento español en 2009 y ha sido reformado en dos ocasiones, en 2011 y 2015. En 2009, el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴⁸ explicaba que resultaba determinante en aquella nueva regulación la ratificación y entrada en vigor en nuestro país de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de

45 Las mujeres y niñas víctimas de trata de seres humanos representan el 60% del número total de personas identificadas en 2020. Los captadores utilizan más la violencia contra las mujeres y los niños, especialmente las niñas. Las víctimas femeninas, de cualquier edad, tienen tres veces más probabilidades de sufrir violencia física o extrema (incluida la violencia sexual) que los hombres. Por otro lado, casi dos tercios de las víctimas detectadas para explotación sexual son mujeres y otro 27% son niñas. Los hombres o niños representan alrededor del 10% de las víctimas de explotación sexual. Datos extraídos de UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC): Global Report on Trafficking in Persons 2022. Informe disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2022/GLOTIP_2022_web.pdf, pp. 25 y 33.

46 Según se ha denunciado, “los actuales flujos migratorios han tenido un impacto directo en el aumento de los niveles de trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual y han actuado como catalizador de otras formas emergentes de explotación a las que están sujetas las mujeres y niñas víctimas de la trata”. VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., “Las obligaciones de los estados en materia de prevención y protección contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual en el contexto migratorio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 73, 2021, pp. 177-191, p. 177.

47 RODRÍGUEZ CONDE, M., “La trata de personas con fines de explotación sexual”, en BANDRÉS-GOLDÁRAZ, E. (coord.), *Feminismo en la línea del tiempo, desde las (in)visibilidades al concepto de invisibilidad*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1019-1041, pp. 1033 y ss.

48 BOE núm. 299, de 12.12.2009.

seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005⁴⁹.

La reforma que tuvo lugar en 2011 por medio de la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵⁰, vino a clarificar y mejorar algunos aspectos de la regulación originaria. Y posteriormente, la reforma de 2015 que destacamos como novedad en este estudio por haber acontecido en la última década, ha vuelto a ampliar el margen de protección de estas víctimas al haber extendido un relevante plazo de este régimen, como veremos.

La trata de seres humanos puede adoptar distintas modalidades (explotación sexual, servidumbre laboral —servicio doméstico, talleres clandestinos—, extracción de órganos, matrimonios forzados)⁵¹, considerándose todas ellas distintas formas de esclavitud⁵². Las víctimas de este delito (artículo 177 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁵³) son merecedoras de un régimen propio en la extranjería que priorice su condición de víctimas por delante de las posibles consecuencias administrativas que pudiera tener el hecho de que se encuentren en España en situación irregular. La premisa anterior, que, como decíamos, existe en nuestro ordenamiento desde 2009, resulta sin duda acertada desde una perspectiva de derechos humanos y de género, pero este régimen en particular adolece, a nuestro juicio, de una importante carencia: condiciona la seguridad y la protección de las víctimas a que cooperen con las autoridades en la investigación e incriminación de quienes cometen los hechos delictivos.

Empieza señalando el artículo 59 bis LOEx en su apartado primero que las autoridades competentes adoptarán las medidas que sean necesarias para la identificación de las víctimas de la trata de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Convenio de 2005 antes citado. Esta fase es clave en este régimen ya que de la misma dependerá que las víctimas puedan beneficiarse del conjunto de derechos que se regulan a continuación⁵⁴.

49 BOE núm. 219, de 10.09.2009.

50 BOE núm. 180, de 28.07.2011.

51 Con base en el artículo 4 a) del Convenio de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, a efectos de este instrumento “a) *Por «trata de seres humanos» se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos»*”

52 La trata de seres humanos es un problema que afecta gravemente a nuestras sociedades, convirtiéndose hoy en día en la forma más clara de esclavitud. MIRTO LÓPEZ, N.: “La lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual” en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (coord.): *Derecho y (des)igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 93-118, p. 96.

53 BOE núm. 281, de 24.11.1995.

54 Al respecto, el organismo responsable de realizar el seguimiento del cumplimiento del Convenio sobre la lucha contra la trata de 2005 (el Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings, o GRE-

Identificada la víctima, a partir del apartado 2 del artículo 59 bis LOEx, el legislador se centra en las personas extranjeras en situación administrativa irregular en España. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que se dan “*motivos razonables*” para pensar que una persona en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, deberán informarle sobre el régimen que nos ocupa y elevar a la autoridad competente una propuesta de concesión de un “periodo de restablecimiento y reflexión” que se desarrolla en el RLOEx⁵⁵. Si se concede, tendrá una duración de, al menos, noventa días de acuerdo con la redacción actual del precepto, ampliable tras la evaluación de la situación personal de la víctima según el artículo 59 bis .2.II *in fine* LOEx. Podría también denegarse o ser revocado —de forma motivada y recurrible— por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que se ha invocado de forma indebida la condición de víctima (artículo 59 bis .3 LOEx).

La extensión de este plazo de treinta días (como establece el Convenio de 2005) a noventa es el único objeto de la reforma del artículo 59 bis producida en el año 2015. Consideremos positiva esta ampliación del periodo que se otorga a las víctimas para restablecerse y reflexionar dado que hablamos de situaciones muy complejas; sin embargo, aquello sobre lo que tienen que reflexionar, tal y como hemos adelantado *supra*, sigue siendo cuestionable: dicho periodo, continua señalando el artículo 59 bis .2 II LOEx, “*deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal*”. Así pues, se infiere que desde la extranjería se hace depender el tratamiento que se otorga a la víctima de trata de seres humanos con el papel que esta pueda tener para la investigación del delito, dos aspectos que no deberían estar vinculados⁵⁶.

Partiendo de lo anterior, en el artículo 59 bis se contemplan varias reglas aplicables en dos momentos diferenciados: por un lado, durante las fases de identificación de las víctimas y el periodo de restablecimiento y reflexión; por otro, reglas que conciernen a la autorización para

TA) ha conminado a las autoridades españolas a mejorar la identificación de estas víctimas asegurándose de que esta no depende de la presencia de prueba suficiente para la incoación del procedimiento penal. Véase el Informe “Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings”, 12 de junio de 2023, p. 51. Disponible en <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-on-spain-3rd-evaluation-round-greta-2023-10-ac/1680ab8d0f>.

55 Según datos proporcionados por las autoridades españolas recogidos en la misma fuente anterior (p. 60), en 2019 se concedió un periodo de reflexión a 83 víctimas de trata (75 mujeres y 8 hombres), 51 en 2020 (48 mujeres y 3 hombres), 64 en 2021 (42 mujeres y 22 hombres) y 122 en 2022 (107 mujeres y 15 hombres). Ninguna de esas personas es nacional de la Unión Europea. Preguntadas al respecto, las autoridades españolas contestan que el periodo de restablecimiento y reflexión solo se ofrece a las personas extranjeras que se encuentran en España en situación irregular. Se advierte por tanto que en España no se informa de su derecho a ese periodo a los nacionales de la UE o del EEE, ni a los de terceros países en situación regular. Por lo anterior, GRETA insta a las autoridades españolas a tomar medidas adicionales para garantizar que a todas las presuntas víctimas extranjeras de trata se les ofrezca tal periodo, incluidos esos ciudadanos, así como todas las medidas de protección y asistencia previstas en el artículo 12, apartados 1 y 2, del Convenio de 2005 sobre la lucha contra la trata.

56 El mismo Informe anterior (p. 60) contiene la preocupación de ONGs de que, en la práctica, la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión se haga depender de la cooperación de las víctimas con las autoridades como resultado de las exigentes pruebas que se requieren para la identificación y no de la existencia de “*motivos razonables*” para creer que la persona interesada podría ser una posible víctima de trata, como disponen tanto el artículo 13.1 del Convenio de 2005 como el artículo 59 bis .2 de la LOEx.

permanecer en el país de forma regular. Observaremos cómo en estos dos momentos los mandatos dirigidos a las autoridades cuentan con una naturaleza distinta. Mientras en el primer caso “obligan” a las administraciones, en el segundo les otorgan un mayor poder de discrecionalidad al consagrar que “podrán” adoptar determinadas decisiones. Algunos de estos mandatos se vinculan de nuevo a la colaboración que preste la víctima a los fines de la investigación en el procedimiento penal correspondiente.

Durante las primeras fases señaladas —de identificación de las víctimas y de restablecimiento y reflexión—, el artículo 59 bis .2 II LOEx obliga a las autoridades a no incoar un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) LOEx (que considera una infracción grave encontrarse irregularmente en territorio español)⁵⁷ o a suspender ese expediente, o en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas, exigiendo igualmente durante el periodo de restablecimiento y reflexión que se autorice la estancia temporal de las víctimas y que se vele por su subsistencia. También durante esa fase se garantizará su seguridad y protección, así como la de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, pudiendo beneficiarse también de las medidas a las que se refiere el apartado 4 de este precepto, relativo al retorno asistido y la posibilidad de obtener una autorización de residencia, e incluso de trabajo en el caso de ser mayores de dieciséis años.

Por otro lado, se prevé asimismo que “*con carácter extraordinario*” la Administración Pública velará por la seguridad y protección de otras personas que se encuentran en España y que mantengan con la víctima vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza cuando se pruebe que no protegerlas frente a los presuntos traficantes constituiría un “*obstáculo insuperable*” para que la víctima coopere. Por lo tanto, el legislador ha previsto no solo la necesidad de adoptar medidas de protección para la víctima sino también en beneficio de los hijos que se encuentren en España e incluso de otros familiares o allegados, pero solo cuando sea necesario y con esa finalidad. De hecho, en el Preámbulo de la LO 10/2011 (que introdujo en este régimen a los hijos y otros familiares y allegados) se reconoce que con esta decisión la Ley pretende facilitar que las víctimas cooperen, impidiendo que las redes de trata puedan bloquear esa cooperación mediante amenazas graves a esas personas. La medida es bienvenida pero este razonamiento, insistimos, nos parece muy discutible.

En el segundo momento al que se refiere el artículo 59 bis LOEx —relativo a la autorización para permanecer en el país de forma regular— encontramos más mandatos dirigidos a las autoridades competentes en el tratamiento dispensado desde la extranjería a las víctimas de trata, si bien en esta ocasión con un margen de decisión que exigirá de las mismas el análisis de las circunstancias concurrentes.

57 Artículo 53.1 LOEx: “1. *Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente*”. De acuerdo con los artículos 55.1 b) y 57.1 LOEx, la infracción grave puede conllevar bien sanción de multa (de 501 hasta 10.000 euros) bien la expulsión del país, en atención al principio de proporcionalidad.

El artículo 59 bis .4 LOEx indica que la autoridad competente “*podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa*”, lo que, de conformidad con lo desarrollado por el artículo 143 RLOEx, puede acordar de oficio en atención a la situación personal de la víctima o bien a propuesta de la autoridad con la que esta estuviera colaborando en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal. De igual modo, la LO indica que podrá facilitar, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. En este último caso tal posibilidad se ofrecerá bien cuando se considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, bien en atención a su situación personal.

Asimismo, durante la tramitación de esa autorización, “*se le podrá facilitar*” una autorización provisional de residencia y trabajo, que implicará la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial, y tendrá eficacia desde el momento de la notificación de su concesión y hasta que se dicte resolución sobre la solicitud de autorización realizada (artículo 144. 4.III RLOEx). En la tramitación de estas autorizaciones se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima (artículo 59 bis 4.II LOEx).

La otra opción que ofrece la LOEx para las víctimas de trata identificadas es el retorno asistido, una medida que se desarrolla en el artículo 145 RLOEx. La persona extranjera podrá solicitarlo en cualquier momento, pero la norma reserva a las autoridades competentes la posibilidad de que se ordene su “*necesaria permanencia*” en territorio español de conformidad con la normativa que rige su participación en la investigación o el procedimiento. En ese caso, la solicitud de retorno asistido será tramitada tan pronto desaparezcan las causas que determinan su obligada permanencia en territorio español.

Por último, la potencial aplicación de estas disposiciones a personas extranjeras menores de edad obliga tener en cuenta su edad y madurez, y, en todo caso, a respetar la prevalencia del interés superior del menor (artículo 59 bis .5 LOEx). Esta previsión resulta de particular relevancia por cuanto se refiere a un colectivo especialmente vulnerable dentro del contexto de la trata de seres humanos, sobre todo cuando afecta a niños y niñas no acompañados por familiares⁵⁸.

3. Las mujeres víctimas de violencia sexual.

En tercer y último lugar dentro del régimen general de extranjería, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS) también ha supuesto un avance crucial en la protección de un grupo particular de mujeres, que se hallan en España

58 Tal preocupación se aprecia en el Informe del GRETA de 12 de junio de 2023 citado en la nota nº 54. En la página 50 se insta a las autoridades españolas a que intensifiquen sus esfuerzos para prevenir y combatir la trata de niños, identificarlos y prestarles la asistencia adecuada, para lo que se señalan una serie de medidas a adoptar. Entre otras, revisar el procedimiento de determinación de la edad, que, según se afirma, no puede depender solo de criterios médicos, sino que debe considerar también de manera completa el desarrollo físico y psicológico de la persona.

en una situación de vulnerabilidad importante al haber sufrido violencia sexual encontrándose en situación administrativa irregular.

Tal novedad se concreta en el artículo 31 bis LOEx, que fue introducido originariamente por el artículo único, apartado 34 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y modificado posteriormente por la antes citada Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En un primer momento y durante años ha contemplado un régimen legal protector frente a la expulsión del que se han podido beneficiar las víctimas de violencia de género en la concepción estricta contemplada en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG), esto es, la ejercida por parejas o exparejas⁵⁹. Recientemente, desde la modificación operada por la Disposición final sexta de la citada Ley Orgánica 10/2022, el artículo 31 bis ha visto ampliado su ámbito de aplicación personal protegiendo hoy por hoy también frente a la expulsión a las víctimas de violencias sexuales en situación irregular que denuncien a sus agresores, al regular actualmente, como reza su título, la “Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales”.

La primera mejora de este régimen, como decíamos, tuvo lugar en 2011. El Preámbulo de la LO 10/2011 recuerda cómo el artículo 31 bis LOEx originario establecía en su apartado segundo que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que estuvieran en situación de irregularidad y denunciaran a su agresor serían objeto de un expediente administrativo sancionador por encontrarse de forma irregular en nuestro país, expediente que quedaba suspendido hasta la resolución del procedimiento penal. Sin embargo, tal y como reconoce el propio legislador, el hecho de que a una mujer extranjera que se encontrara en situación de irregularidad se le abriera un procedimiento administrativo que podía acabar en expulsión al denunciar a su agresor, podía sin duda desincentivar que estas se animaran a hacerlo. Esta consecuencia, además, “se contraponía claramente” a la LOMPIVG porque sesgaba los derechos de las mujeres extranjeras en situación irregular⁶⁰.

Lo anterior, unido al hecho de que, siempre según el Preámbulo de la LO 10/2011, el 40% de las mujeres muertas por violencia de género en el año 2009 fueran extranjeras, hizo necesario establecer unas condiciones legales más favorables para la denuncia de los agresores, primando así los derechos a la integridad física y moral de la mujer, así como su derecho a la

59 BOE núm. 313, de 29.12.2004. Artículo 1.1 LO 1/2004: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

60 YUGUEROS GARCÍA, A.J., “Derechos de ciudadanía de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, en situación irregular”, *Revista de Humanidades*, nº 26, 2015, pp. 147-157, p. 149.

tutela judicial efectiva, frente a la sanción que implica encontrarse en España en situación de irregularidad.

En suma, la voluntad del legislador mediante la modificación de los artículos 31 bis y 59 bis LOEx por la LO 10/2011 se concretó en ampliar la protección de las mujeres víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos que tomaran la decisión de denunciar al maltratador o explotador, respectivamente. Y lo consiguió contemplando nuevas medidas que trataban de mejorar jurídicamente desde la extranjería la situación de las víctimas, como hemos estudiado en el epígrafe anterior respecto de las víctimas de trata de seres humanos —aun con dudas acerca de la fundamentación para aplicar ciertas soluciones— y veremos ahora por lo que respecta a las víctimas de género y de violencias sexuales, estas últimas desde 2022. En ambos casos el régimen es el mismo y no ha variado desde la redacción anterior. Solo se ha extendido el alcance personal y se ha hecho referencia expresa a la LOGILS con este fin.

Comienza señalando el artículo 31 bis LOEx que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales tienen garantizados los derechos reconocidos en la LOM-PIVG y la LOGILS independientemente de su situación administrativa. Además, si la mujer extranjera se encontrara en situación irregular en España, lo que se pondría de manifiesto al denunciar a su agresor, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) LOEx, y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas.

Partiendo de las medidas anteriores, que persiguen incentivar las denuncias⁶¹, en el apartado tercero del artículo 31 bis LOEx se permite que la mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior solicite una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género o de violencia sexual. Dicha autorización quedará condicionada a la resolución del procedimiento penal, ya que no se resolverá hasta que concluya.

Ahora bien, para solucionar de manera interina la situación administrativa de la mujer en España durante el lapso entre la denuncia y la finalización del procedimiento penal, el artículo 31 bis LOEx dispone que se concederá —obligatoriamente— una autorización provisional de residencia y trabajo a su favor durante ese periodo de tiempo, que concluirá en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales según finalice el procedimiento penal. Los dos posibles resultados se regulan en el apartado cuarto del artículo 31 bis LOEx.

61 Las estadísticas publicadas en la “MACROENCUESTA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER” del año 2019 evidencian un escenario favorable a la denuncia por parte de las mujeres nacidas en el extranjero, que han denunciado violencia de la pareja en mayor medida (28,6%) que las nacidas en España (20,0%). El mismo Informe señala que tampoco existen diferencias significativas entre las mujeres nacidas en España y las nacidas en el extranjero en la búsqueda de ayuda formal o informal como consecuencia de la violencia ejercida por la pareja actual o parejas pasadas. Disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>, p. 275.

Por un lado, 1) el procedimiento penal puede concluir con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido efectivamente víctima de violencia de género o de violencia sexual (incluyendo el archivo de la causa por encontrarse el investigado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado). En el caso contrario, por otro lado, 2) si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género o sexual, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) LOEx⁶², o se continuará en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente, el cual puede conducir a la expulsión del país de la mujer extranjera.

Lo anterior es igualmente aplicable a los hijos de la víctima desde que la LO 10/2011 introdujera esta posibilidad. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, y bien por sí misma o bien a través de representante, esta podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de dieciséis años y se encuentren en España en el momento de la denuncia. Para ellos se prevé también la concesión provisional y, en su caso, la confirmación posterior según finalice el procedimiento penal.

Analizado este régimen, se considera positiva su existencia y la evolución que ha sufrido con el tiempo hasta conformar la redacción actual dirigida a ampliar derechos y beneficiarios —de la mujer extranjera víctima de violencia de género hasta las víctimas de violencia sexual y los hijos de todas ellas—. La exclusiva consideración de las víctimas de violencia de género, aun siendo pertinente la especialización del tratamiento de estas situaciones, resultaba insuficiente, ya que otras mujeres extranjeras en situación irregular víctimas de otros delitos podían necesitar también esta misma protección. De ahí que la inclusión en el alcance personal de esta norma de las víctimas de violencias sexuales sea una excelente noticia, como lo fue también en su momento la inclusión de los hijos, ahora extensible a los de todas ellas.

Resulta asimismo destacable que no se abra a estas personas un expediente sancionador si se pone de manifiesto su situación irregular en el momento de la denuncia, como podía ocurrir con la redacción inicial de la norma. Esta previsión supone otorgar una oportunidad a la persona afectada por estas terribles circunstancias dentro del proyecto vital emprendido en España, incluyendo a sus hijos. En ocasiones, además, este régimen le permitirá desvincularse del agresor y sostenerse por sí misma al permitir que desempeñe un trabajo de forma legal. Asimismo, la concesión provisional de la autorización de residencia y trabajo resulta pertinente ya que durante la sustanciación del procedimiento penal es necesario otorgarle la posibilidad de permanecer en nuestro país en situación regular.

Con todo, el artículo 31 bis LOEx adolece de ciertas deficiencias que no podemos dejar de advertir. Por un lado, que se vincule la activación de las medidas protectoras a la interposición de la correspondiente denuncia, ya que podría obstaculizar la ayuda que pudieran necesitar ciertas mujeres que no se atreven a denunciar por diferentes motivos (falta de identificación

62 Véase la nota al pie nº 57, en la que se reproduce este artículo de la LOEx, que se refiere a la consideración de la situación irregular en territorio español como una infracción grave.

de la violencia padecida, miedo al maltratador y al proceso judicial o a las consecuencias de la denuncia, sentimiento de vergüenza o culpa, etc), llevando incluso a discursos que les responsabiliza de la solución al problema que padecen o que incluso les culpan por no dar ese paso⁶³. Se ha destacado asimismo con base en la última Macroencuesta sobre la violencia contra las mujeres, que solo el 32,1% de las que han sufrido violencia sexual por parte de sus parejas denuncian los hechos; fuera de las relaciones íntimas, la cifra cae al 8%⁶⁴.

Finalmente, una última crítica al régimen estudiado en este apartado se refiere a la incertidumbre asociada al sentido en que finalice el procedimiento penal, una circunstancia que puede claramente desincentivar las denuncias ante el temor a un desenlace en que no se logre probar la existencia de la violencia denunciada. Es conocido que en el ámbito en el que se enmarca este régimen, al menos en el de la violencia de género, no siempre resulta sencillo probar los hechos⁶⁵. Y tal realidad va a suponer un serio obstáculo para la denuncia y la consecuente activación de las medidas de protección contempladas en la LOEx para estos casos.

IV. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: LA PERSECUCIÓN POR MOTIVO DE “IDENTIDAD SEXUAL” Y EL NUEVO REGLAMENTO DE ACOGIDA

El régimen de la protección internacional en España se regula tanto por normas de origen internacional como de fuente estatal, en un momento en el que el número de personas desplazadas por guerras, persecución, violencia y violaciones de derechos humanos ha alcanzado la cifra más alta de la historia: 108,4 millones según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁶⁶.

63 Los obstáculos para que las mujeres denuncien la violencia en la pareja que padecen pueden ser tanto internos como externos y tanto de origen social como individual. Así, entre estas dificultades o barreras, suelen citarse, por ejemplo: Las dificultades para identificar la violencia padecida, y/o para identificarse a sí mismas como mujeres maltratadas y, por tanto, para valorar de modo real el peligro potencial; las estrategias (pasivas) para afrontar la violencia padecida; las creencias erróneas sobre las posibles soluciones al maltrato; el miedo al maltratador, al proceso judicial y/o a las consecuencias de la denuncia; la adherencia emocional al maltratador; las dificultades materiales y económicas; la tolerancia y el clima de aceptación social hacia la violencia contra las mujeres; y los sentimientos de vergüenza o culpa. FÉRRER PÉREZ, V.A. y BOSCH FIOL, E., “Barreras que dificultan la denuncia de la violencia de género. Reflexiones a propósito de los resultados de la macroencuesta”, en GARCÍA-GIL et al (coord.): *Mujeres e Investigación. Aportaciones interdisciplinares*, Universidad de Sevilla, 2016, pp. 256-270, pp. 257 y 258.

64 DE LAMO, I., “El “miedo a no ser creída” por los tribunales. Impunidad de la violencia sexual y domesticación femenina durante el siglo XXI en el Estado español”, *Investigaciones Feministas*, nº 13, 2022, pp. 329-341, p. 335.

65 Se ha destacado cómo los delitos relacionados con la violencia de género se caracterizan precisamente por cometerse en la intimidad del domicilio, por lo que en muchos casos es la propia víctima del ilícito penal la única que pueda relatar cómo han ocurrido los hechos, constituyendo su declaración la única prueba del proceso. GONZÁLEZ MONJE, A., “La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, nº 3, 2020, pp. 1627-1660, p. 1630.

66 Datos de finales de 2022. ACNUR, “Informe sobre tendencias globales de desplazamiento forzado 2022”. Disponible en <https://www.acnur.org/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2022>.

Las normas de fuente internacional se clasifican en normas europeas y convencionales. Las dictadas en la Unión Europea han sido adoptadas en el seno del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), que ha permitido con el tiempo una cierta armonización de legislaciones en esta materia entre los Estados Miembros, que cuentan no obstante hoy en día todavía con un margen de actuación que no permite hablar de un sistema unificado; más bien de un “intento fallido de unificación”⁶⁷. En cuanto a las fuentes de origen convencional, se refieren especialmente a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967⁶⁸.

Por otro lado, las principales normas de origen estatal sobre protección internacional en España son la citada LAPS de 2009 y el Real Decreto 203/1995, que, recordemos, es el Reglamento de desarrollo de la Ley anterior de 1984 a la espera de que se adopte el correspondiente a la Ley de 2009. A las fuentes anteriores se ha sumado recientemente el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del sistema de acogida en materia de protección internacional⁶⁹.

De acuerdo con el artículo 1 LAPS, la Ley parte del artículo 13.4 CE⁷⁰ y tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional, constituida por los dos estatutos que proclama: el derecho de asilo y la protección subsidiaria. Será dentro del primero donde podremos encontrar normas de especial interés para las mujeres extranjeras, por lo que ceñiremos el estudio al ámbito del derecho de asilo.

Según el artículo 2 LAPS el derecho de asilo consiste en la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta misma Ley, así como en la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York. Cabe destacar desde la perspectiva de género que la Convención de Ginebra no menciona esta causa de persecución como un motivo que pueda dar lugar a la condición de refugiado porque esta violencia no se ha considerado lo suficientemente grave como para constituir un acto de persecución hasta más recientemente⁷¹.

A pesar de ello, se ha entendido que “el espíritu y la finalidad de dicho instrumento internacional de carácter evolutivo cuyo objetivo es asegurar la protección de las personas que la requieren” permite una interpretación extensiva que incluya solicitudes de asilo por este motivo⁷². Solo hay

67 PÉREZ BOLAÑOS, D.M., *Cumplimiento del derecho a la protección internacional en la Unión Europea: una tensión irresoluble entre la voluntad y la realización del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 14.

68 BOE núm. 252, de 21.10.1978.

69 BOE núm. 76, de 30.03.2022.

70 Artículo 13.4 CE: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

71 MERINO SANCHO, V., “El Sistema Europeo Común de Asilo ante las demandas de asilo por razones de género”, *Documentación social*, nº 180, 2016, pp. 185-201, p. 189.

72 KAHALE CARRILLO, D.T.: “Reconocimiento del derecho de asilo a mujeres víctimas de violencia de género”, *Temas laborales*, nº 102, 2009, pp. 239-250, pp. 244-248.

que animarse a leerla “a la luz de las gafas del género”⁷³, como hace tiempo que se interpreta desde Naciones Unidas⁷⁴, aunque este reconocimiento requiere de compromisos estatales que se materialicen en la creación de marcos normativos que hagan efectivos estos compromisos⁷⁵. Otra opción pasaría por añadir esta causa explícitamente en la Convención para evitar interpretaciones divergentes según los países⁷⁶, aunque esta propuesta no se ha considerado viable de momento ante el riesgo de que suceda lo contrario, es decir, que se restrinja todavía más el régimen en lugar de ampliarlo si esta se abre para su modificación⁷⁷.

El legislador español se hizo eco de la necesidad de incluir expresamente la perspectiva de género en el derecho de asilo años atrás. Antes de la Ley de 2009 ya se había emprendido alguna acción en esta línea⁷⁸, pero fue con su aprobación cuando se ampliaron las causas para solicitar asilo en España a dos motivos no contemplados expresamente por la Convención de Ginebra: la persecución por motivos de género y de orientación sexual. En 2023, la lista ha vuelto a ampliarse con ocasión de la aprobación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que ha introducido la persecución por motivo de identidad sexual.

De este modo, el artículo 3 LAPS reza en la actualidad como sigue: “*La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género, orientación sexual o de identidad sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores,*

73 CÁRDENAS REYES, A., “La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados a la luz de las gafas del género”, en ARENAS HIDALGO, N. (coord.), *Desplazamiento Forzado y Protección Internacional en América Latina en el 70 Aniversario de la Adopción de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados*, Universidad de Huelva, 2023, pp. 95-114, pp. 99-100.

74 ACNUR, “Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967”, 7 de mayo de 2002. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf>. En la página 2 de este documento se afirma que “Es un principio básico que la definición de refugiado se debe interpretar con una perspectiva de género, con el fin de determinar adecuadamente las solicitudes de condición de refugiado. Este enfoque ha sido aprobado por la Asamblea General y por el Comité Ejecutivo del programa del ACNUR”.

75 CÁRDENAS REYES, A., “La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados a la luz de las gafas del género”, *cit.*, p. 110.

76 DA LOMBA, S.: *The Right to seek Refugee Status in the European Union*, Intersentia, Oxford, 2004, p. 80.

77 MERINO SANCHO, V., “El Sistema Europeo Común de Asilo ante las demandas de asilo por razones de género”, *cit.*, p. 189.

78 Ya con anterioridad a la Ley 12/2009 se había apreciado en nuestro país la persecución por motivo de género a través de la jurisprudencia por medio del relativo a la pertenencia a un determinado grupo social. Pero la falta de referencia expresa ocasionaba inseguridad jurídica, por lo que se valoró positivamente la primera referencia expresa a esta causa realizada en la Ley de asilo de 1984 por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, y más adelante la posterior introducción explícita de este motivo en la Ley de 2009 vino a colmar esta laguna legal.

no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.

Por lo tanto, los motivos que pueden dar lugar hoy en día a “fundados temores de persecución” como base para solicitar asilo en España, son los siguientes: la raza, la religión, la nacionalidad, las opiniones políticas, la pertenencia a un determinado grupo social, el género, la orientación sexual y, finalmente, la identidad sexual.

La reciente inclusión explícita en el artículo 3 LAPS de la persecución por motivo de identidad sexual es una buena noticia que coloca la Ley española a la vanguardia de la protección de los derechos humanos de un colectivo socialmente castigado y especialmente vulnerable, que ha visto tradicionalmente, y todavía hoy en gran medida, vulnerados sus derechos fundamentales. Nótese, no obstante, que el entusiasmo que pueda producir tal novedad queda matizado por diferentes causas, como explicaremos seguidamente. Pero antes conviene aproximar el concepto de “identidad sexual” a estos efectos, para lo que nos apoyaremos en la definición que proporciona la Ley 4/2023, impulsora de esta novedad en la LAPS desde su Disposición adicional décima.

El artículo 3 i) de esta Ley define la “identidad sexual” como la “*Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer*”. Se incluirían, por lo tanto, pensando en situaciones reales de persecución por tal motivo, ciertas vivencias que padecen las personas transgénero (o simplemente trans), que según el artículo 3 k) de la misma Ley son las personas “*cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer*”. Destacaremos en este sentido las violencias sufridas por las mujeres trans, las cuales, más allá de controvertidos debates en los que se cuestiona su condición de mujeres que en nada favorecen a la lucha feminista como causa común, soportan situaciones de violencia y discriminación incardinables en el derecho de asilo.

Ahora bien, ¿qué razones nos obligan a contener el entusiasmo ante esta nueva previsión? Dos principalmente.

En primer lugar, podría decirse que realmente la novedad no es tal ya que la propia LAPS contemplaba esta causa en otra de sus disposiciones, el artículo 7, que regula con más detalle los motivos de persecución. Concretamente, el artículo 7.1 e) III LAPS indica al concretar el motivo de persecución por pertenencia a un “grupo social determinado” que se incluye en ese concepto “*un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual, (...)*”. Su inclusión en aquel momento merece una valoración positiva en tanto en cuanto permitía considerar situaciones de violencia realmente existentes incluso antes que en la Unión Europea ya que la “identidad de género” aparecerá por primera vez en el Derecho europeo de asilo en la Directiva de reconocimiento de 2011⁷⁹, pero la inconsistencia entre los artículos 3 y 7 LAPS no favorecía la seguridad jurídica. Esta situación se ha resuelto gracias

79 Considerando 30 y artículo 10.1 d) de la Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. DOUE L 337, de 20.12.2011.

a la Ley 4/2023 pero sigue ocurriendo lo mismo con la “edad” en cuanto aspecto a interpretar dentro de la pertenencia a un grupo social determinado, que continúa sin tener un reconocimiento correlativo en el artículo 3 LAPS.

En segundo lugar, el optimismo ante esta “novedad” decae también porque la Ley otorga un tratamiento diferenciado, más restrictivo, a diversos motivos que el artículo 3 LAPS parece colocar inicialmente en pie de igualdad. Los elementos interpretativos proporcionados por el mismo artículo 7.1 e) LAPS para concretar qué debe entenderse por “grupo social determinado” colisionan con el tratamiento igualitario que el artículo 3 LAPS parece dispensar a todos los motivos que relaciona. Una vez delimitadas las dos condiciones que permiten entender que existe un grupo social determinado⁸⁰, la Ley dispone que aspectos relacionados con la orientación sexual, la identidad sexual, el género o la edad no podrán conllevar la aplicación de este régimen “*por sí solos*” y deberán ser interpretados, además, de acuerdo con “*las circunstancias imperantes en el país de origen*” —como dice el artículo 10.1 d) de la Directiva de reconocimiento respecto de la persecución por motivo de orientación sexual integrado en el concepto “grupo social determinado”—.

Las condiciones anteriores, más gravosas que para el resto de las causas de persecución, son difíciles de justificar. Todas las mujeres, transgénero o cisgénero, de cualquier orientación sexual, pueden ser víctimas de los actos de persecución contemplados en el artículo 6 de la LAPS; y todas ellas deberían poder solicitar asilo en España por motivos de género, de orientación sexual o de identidad sexual con independencia de que se den o no tales circunstancias de forma generalizada en sus países de origen y sin la necesaria concurrencia de diversos aspectos para fundamentar la petición.

Por desgracia, las mujeres sufren actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, planificación familiar forzada, mutilación genital femenina o son castigadas por transgredir los valores y costumbres morales⁸¹, sin olvidar la difícil situación que viven actualmente las mujeres en Afganistán desde la vuelta de los talibanes a este país, o en otros como Colombia, Marruecos, Honduras o El Salvador⁸². Por otra parte, el registro de episodios de violencia homófoba o transfoba tanto física (asesinatos, palizas, secuestros, violaciones y agresiones

80 Primero, se considerará un “grupo social determinado” si “*las personas integrantes de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella*” y, segundo, si “*dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores*” (artículo 7.1 e) LAPS). Si bien la Ley española contempla estas dos condiciones de manera acumulativa (separadas por la conjunción copulativa “y”, al igual que la Directiva de reconocimiento de 2011) se ha advertido que ACNUR mantiene que deben aplicarse de forma alternativa. DÍAZ LAFUENTE, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *Revista de derecho político*, nº 89, 2014, pp. 345-388, pp. 350-351.

81 ACNUR, “Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967”, de 7 de mayo de 2002. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf>.

82 CEAR, “Informe 2023: las personas refugiadas en España y Europa”, 2023, pp. 25, 62, 63, 66 y 68. Disponible en <https://www.cear.es/informe-cear-2023/>.

sexuales) como psicológica (amenazas, ofensas y coacciones) es también global y constante⁸³. Ante tales situaciones, las personas tienen que poder solicitar protección internacional sin verse afectadas por interpretaciones restrictivas de este derecho.

La normativa reguladora del derecho de asilo contempla un sistema de solicitud y valoración personal e individualizado en los artículos 16 y ss LAPS e identifica diversos motivos de persecución en el artículo 3 LAPS que deberían ser considerados de manera independiente, aunque en la práctica puedan concurrir varios de ellos en una única persona por sus propias circunstancias vitales. Lo contrario favorece “una concepción de los derechos humanos de las mujeres y del colectivo LGBT como derechos de segundo orden, sin entidad propia”⁸⁴, contribuyendo este modelo a “desandar el camino que se había comenzado a caminar cuando se contempló expresamente la persecución por causa de género como motivo autónomo merecedor de la concesión del asilo”⁸⁵.

Por lo tanto, la consagración explícita de la identidad sexual entre los motivos de persecución del artículo 3 LAPS, así como las anteriores en el tiempo sobre género y orientación sexual, constituye sin duda un paso adelante en la visibilidad de esta clase de violencias, pero el articulado de la Ley que limita su aplicación práctica favorece su consideración como causas de persecución de segunda categoría al no otorgarles el mismo tratamiento que a las demás, lo que debería revisarse.

Para finalizar el análisis de las novedades que hayan podido existir en el ámbito de la protección internacional en la última década, interesa analizar si el novedoso Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del sistema de acogida en materia de protección internacional contiene alguna norma relativa a las necesidades propias de las mujeres solicitantes de esta protección. Y la respuesta es positiva, al menos en el papel, como exige la transposición de la Directiva de acogida de 2013⁸⁶.

El RD 220/2022 tiene por objeto desarrollar el Capítulo III del Título II de la LAPS, rubricado “De las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional” mediante la aprobación de un Reglamento que configura el sistema de acogida español en este ámbito (artículo 1 del Reglamento). Y como no podía ser de otro modo, el mismo es sensible a las necesidades específicas que en este contexto puedan necesitar determinados colectivos que se consideran “vulnerables” a estos efectos, tal y como establece el artículo 2 c).

83 DÍAZ LAFUENTE, J., “El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género”, *cit.*, pp. 347-348. El autor se basa en el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, 17 de noviembre de 2011. Disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf.

84 CEAR-Euskadi, “El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales”, 2009, p. 110. Disponible en <https://zehar.eus/producto/persecucion-motivos-genero-derecho-asilo-del-contexto-global-al-compromiso-local/>.

85 RODRÍGUEZ MEJÍA, M.: “La persecución por razón de género en la nueva ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo”, en AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C. (coord.): *Derecho y (des)igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 247-260, p. 252.

86 Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. DOUE núm. 180, de 29.06.2013.

Esta disposición considera “situación de vulnerabilidad” a la “*convergencia de circunstancias que aumentan la probabilidad de la persona de sufrir contingencias que disminuyan su más elemental bienestar*”. Y partiendo de esta premisa, enumera en una lista no exhaustiva, entre otras, estas categorías de personas: mujeres embarazadas, madres con hijos o hijas menores de edad, víctimas de trata de seres humanos o de cualquier manifestación de violencia contra las mujeres, personas LGTBI+ u otras personas que hayan sufrido torturas, violaciones o cualquier forma grave de violencia psicológica, física o sexual.

Junto con lo anterior, el artículo 6 del Reglamento instituye un conjunto de “Principios generales de actuación”, que incluyen en el apartado c) la necesidad de incorporar el enfoque de derechos humanos, de género y de interseccionalidad en todas las actuaciones que se lleven a cabo, incluyendo el reconocimiento de la discriminación y la violencia que afectan específicamente a las mujeres. También en el artículo 11.6 II encontramos otra referencia expresa a la acogida de mujeres solicitantes de protección internacional, que exige a las autoridades competentes un especial esfuerzo de coordinación interinstitucional con la finalidad de garantizar su efectiva atención y protección, especialmente de personas víctimas de trata de seres humanos o de cualquier manifestación de violencia contra las mujeres.

En la misma línea, el artículo 29.2 c) obliga a que los centros de acogida cuenten con protocolos de prevención del acoso y actos de violencia de género, incluida la violencia y el acoso sexuales. Para ello se crea en cada centro un “punto focal” que sirva de referencia para la prevención, detección y coordinación de actuaciones en casos de violencia contra las mujeres. Finalmente, el Reglamento de acogida hace referencia en el artículo 30 a la necesidad de que las personas que trabajen o presten servicios en los recursos de acogida cuenten con una formación adecuada, que incluya específicamente la materia de igualdad de oportunidades y violencia contra las mujeres.

V. VALORACIÓN FINAL

La mujer extranjera víctima de violencias, protagonista de este estudio como reza su título, constituye un perfil especialmente vulnerable que requiere un tratamiento legal diferenciado en el ordenamiento jurídico y, por ende, también en la regulación de la extranjería y la protección internacional. Esta premisa se ha ido plasmando en la legislación española con el tiempo en todos los escenarios abordados: el régimen de ciudadanos europeos, el régimen general de extranjería y el regulador de la protección internacional.

Finalizado el análisis de su evolución en la última década, podemos concluir que todos ellos contienen normas con perspectiva de género dirigidas a proteger jurídicamente a mujeres y niñas extranjeras que padecen situaciones de violencia, ya sean ciudadanas europeas o de terceros países. Ahora bien, como se ha podido advertir a lo largo del trabajo, todavía existe margen de mejora desde la perspectiva de los derechos humanos y, sobre todo, en la práctica diaria, que es en definitiva donde estas personas necesitan realmente que tales normas protectoras se apliquen de forma efectiva.

A nuestro juicio, merecen una consideración positiva un conjunto de soluciones previstas en todos estos regímenes. Comenzaremos por recopilarlas y posteriormente señalaremos otras

que, por el contrario, merecen una calificación negativa al no favorecer el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que le corresponden en la lucha contra las violencias ejercidas contra las mujeres.

En primer lugar, se considera positiva la oportunidad que se concede en el régimen europeo a las parejas (casadas o no, miembros de parejas de hecho registradas o no) de obtener una autorización de permanencia independiente del miembro de la pareja europeo en determinados supuestos. La ampliación de los posibles familiares beneficiarios del régimen comunitario ya supone *per se* un avance en la protección de los derechos de las mujeres nacionales de terceros países potencialmente beneficiarias. Principalmente, que se hayan contemplado las parejas de hecho no registradas que cumplen con los requisitos exigidos en el concepto de pareja estable a estos efectos. Y partiendo de esta extensión del alcance personal, merece asimismo una valoración positiva que, en supuestos de fallecimiento, salida del país y crisis matrimoniales o de la pareja, la persona extracomunitaria pueda permanecer en España, sobre todo en contextos de violencia como los recogidos en este régimen. Es la única manera de que una víctima de violencia de género o de trata de seres humanos sometida por el cónyuge o pareja tenga oportunidades viables de abandonar esas circunstancias.

En segundo lugar, también en el régimen general de extranjería existen normas destacables desde la perspectiva de género. El legislador se ha preocupado por las víctimas de violencia de género, las de violencias sexuales y de trata de seres humanos que se encuentran en España en situación administrativa irregular. Estas normativas, además, han ido evolucionando con el tiempo para extender la protección legal dispensada a los hijos e incluso, en el caso de la trata, a otros familiares o allegados. Se prevé el amparo frente a la expulsión y la posibilidad de obtener una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales o el retorno en el caso de las víctimas de trata, de ahí que el asesoramiento y el acceso a esta información resulten cruciales en este ámbito para que las potenciales beneficiarias sean conocedoras de esta oportunidad que les ofrece la legislación de extranjería.

En tercer lugar, en el régimen de protección internacional hemos estudiado cómo la perspectiva de género se introdujo inicialmente en la práctica y posteriormente en la Ley a pesar de no estar originariamente contemplada en la Convención de Ginebra de 1951, un texto que necesita una constante interpretación evolutiva acorde a los tiempos. La normativa española de protección internacional, además de las causas clásicas de persecución consagradas internacionalmente, ha incluido en sucesivas reformas los motivos de género, orientación sexual y, recientemente, identidad sexual (al menos de forma explícita en el reconocimiento de la condición de refugiado). Tales decisiones son altamente pertinentes pues permiten visibilizar las violencias sufridas por ciertos colectivos de personas. Por otra parte, celebramos también que en los últimos años se hayan permitido solicitudes en Embajadas debido a la situación que atraviesa Afganistán.

En cuanto a las consideraciones negativas de ciertas soluciones analizadas en este trabajo, comenzaremos por recopilar algunas críticas señaladas en el régimen general de extranjería respecto de distintas violencias que afectan especialmente a las mujeres extranjeras en situación irregular. Por un lado, en la regulación de la violencia de género y las violencias sexuales, y, por otro lado, en la relativa a la trata de seres humanos.

En el primer caso, violencia de género o sexual, habría que reflexionar acerca del impacto que pueda tener en la práctica la exigencia de denunciar al agresor para activar este régimen protector. Además, aun considerando pertinente la solución por la cual no debe incoarse —o debe suspenderse— el expediente sancionador que daría lugar a la expulsión si se tiene conocimiento de la irregularidad de la situación en España como consecuencia de la denuncia, seguiría siendo razonable que la víctima decidiera no poner en conocimiento de las autoridades la violencia que está padeciendo si recela acerca del resultado final del procedimiento penal ante la dificultad de probar los hechos alegados.

En el segundo supuesto, relativo a la trata de seres humanos, en el articulado de la LOEx se propone revisar la vinculación entre la protección otorgada a las víctimas y su cooperación con las autoridades en la investigación del delito, dos aspectos que deberían quedar completamente desligados para que se pueda hablar de una protección real y efectiva. De igual modo, la obligación de permanecer en el país a los fines de la investigación retrasando la posibilidad del retorno asistido si así lo desea la víctima debería ser interpretada de forma extremadamente restrictiva. Lo contrario ahonda en una concepción utilitarista de la persona extranjera.

La siguiente llamada de atención por el tratamiento deficiente desde la perspectiva de los derechos humanos corresponde al régimen de los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla. Sin ambages, en un Estado de Derecho que dice respetar los derechos humanos, no existe otra salida que derogar la Disposición adicional décima de la LOEx. La práctica de las devoluciones en caliente y su habilitación normativa abochornan desde el punto de vista jurídico y humanitario, y a ello se suma que las sentencias del TEDH y del TC sobre la materia son muy cuestionables. En las devoluciones en caliente se ignora el carácter mixto de los flujos migratorios y no se está cumpliendo la legalidad nacional ni internacional aplicable a las devoluciones de personas extranjeras; ni siquiera los criterios exigidos por el propio TC español para su ejecución al corroborar la constitucionalidad de este régimen. En definitiva, la protección de los derechos humanos no debería ceder ante presiones políticas.

Para terminar, merece asimismo una consideración negativa el tratamiento diferenciado, de segunda categoría, que se otorga en el régimen de asilo a la persecución por motivos de género, orientación sexual e identidad sexual. Los datos que proporcionan los estudios sobre las vulneraciones de derechos humanos que padecen estas personas en el panorama comparado justifican sobradamente que se apliquen por sí solos y desprendidos de las “circunstancias imperantes” existentes en el país de origen. Tanto esos motivos como sus expedientes deben valorarse de manera individualizada.

Un régimen que ha sabido progresar con el tiempo extendiendo la protección a situaciones no previstas inicialmente por la Convención de Ginebra debe continuar evolucionando para superar este trato discriminatorio, reivindicación a la que se suma la conveniencia de seguir apostando por las solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados, además de explorar otras vías seguras de alcanzar territorio español que impidan que las mafias se sigan enriqueciendo con el tráfico de personas. Su ausencia, además, contribuye a engrosar el número de fallecidos a las puertas de una Unión Europea fortaleza centrada en el control de sus fronteras. Las noticias, casi diarias, de saltos a las vallas y naufragios evitables resultan difíciles de soportar.

LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES COMETIDOS EN UCRANIA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: CUESTIONES DE COMPETENCIA, JURISDICCIÓN Y MECANISMOS DE COLABORACIÓN

THE PROSECUTION OF INTERNATIONAL CRIMES COMMITTED IN UKRAINE BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: ISSUES OF COMPETENCE, JURISDICTION AND COOPERATION MECHANISMS

ENRICO ZANNARINI*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD. III. CUESTIONES DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LA SITUACIÓN DE UCRANIA. IV. ENTRE LOS MECANISMOS DE INVESTIGACIÓN Y COOPERACIÓN Y LA CUESTIÓN PENDIENTE DE LA INMUNIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: A consecuencia de la guerra de agresión llevada a cabo por la Federación Rusa en Ucrania, se pusieron en marcha investigaciones, como las llevadas a cabo por la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, que confirmaron la comisión de crímenes internacionales en territorio del Estado agredido, incluyendo crímenes de guerra. Se trata de un asunto de gran actualidad que nos permite plantear consideraciones jurídicas a propósito de las funciones y poderes atribuidos a la Corte Penal Internacional (CPI) en tema de persecución de los crímenes internacionales cometidos en Ucrania. Con el objetivo de comprender qué posibilidades existen para llevar a cabo una efectiva persecución ante la CPI de los principales responsables de los crímenes internacionales cometidos en Ucrania, el presente trabajo se centra en el examen de las cuestiones de competencia y jurisdicción de la CPI sobre la situación de Ucrania, así como en el estudio de los mecanismos de colaboración establecidos entre la Fiscalía de la CPI e individuos, agencias especializadas y Estados Parte.

SUMMARY: *Due to the war of aggression waged by the Russian Federation in Ukraine, investigations were launched, such as those carried out by the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, which confirmed the commission of international crimes on the territory of the attacked state, including war crimes. This is to be deemed as a highly topical issue that allows us to raise legal considerations regarding the functions and powers attributed to the International Criminal Court (ICC) in prosecuting international crimes committed in Ukraine. With the aim of understanding which possibilities exist for carrying out an effective prosecution before the ICC of those most responsible for the international crimes committed in Ukraine, this paper focuses on examining questions of competence and jurisdiction of the ICC over the situation in Ukraine, as well as on the study of the cooperation mechanisms established between the ICC Office of the Prosecutor and individuals, specialised agencies, and States Parties.*

Fecha de recepción del trabajo: 13 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 9 de noviembre de 2023.

* Doctorando en Derecho Internacional, Università degli studi di Ferrara (enrico.zannarini@unife.it)

PALABRAS CLAVE: crímenes internacionales, crímenes de guerra, Corte Penal Internacional, principio de complementariedad, competencia, jurisdicción, mecanismos de colaboración, inmunidad de los Jefes de Estado.

KEYWORDS: *international crimes, war crimes, International Criminal Court, principle of complementarity, competence, jurisdiction, cooperation mechanisms, immunity of Heads of State.*

I. INTRODUCCIÓN

Los crímenes como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son considerados atrocidades de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto. Estos crímenes, conocidos como crímenes internacionales, no deben quedar sin castigo, en tanto que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.¹

A fines del siglo pasado e inicios del actual, los Estados pretendieron poner fin a la impunidad de quienes fueran responsables por este tipo de atrocidades. Este contexto, propició la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de Roma y, con ello, el establecimiento de la denominada Corte Penal Internacional (CPI). Se trata de un tribunal de carácter permanente, cuya creación es considerada uno de los logros más significativos en Derecho Internacional Penal.² Este Tribunal tiene facultades para ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes anteriormente mencionados y, concretamente, sobre las personas que los hubieran cometido, siempre que se cumplan determinadas condiciones establecidas en el Estatuto.

La situación actual hace pensar que la CPI puede llegar a desempeñar un papel crucial en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes internacionales cometidos durante el conflicto ruso-ucraniano. En relación con esto, vale recordar que el 24 de febrero de 2022, el presidente de la Federación Rusa, Vladimir Putin, anunció el inicio de la “operación militar especial” en Ucrania.³ Esta intervención militar ha sido condenada de manera contundente, en particular por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. De hecho, el 1 de marzo de 2022, reunida en una sesión de emergencia bajo el procedimiento “Unión pro paz”,⁴ la Asamblea General aprobó con abrumadora mayoría una resolución en la que calificó la intervención militar rusa como un acto de agresión, pidiendo al gobierno de Moscú que pusiera fin de inmediato a sus operaciones militares en Ucrania.⁵

1 Véase el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (firmado el 17 de julio de 1998, entrado en vigor el 1 de julio de 2002) 2187 UNTS 3.

2 CRYER, R., ROBINSON, D., VASILIEV, S., *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge University Press, 2019, p. 144.

3 *Address by the President of the Russian Federation*, 24 de febrero de 2022. Véase: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843> (última consulta efectuada el 25 de septiembre de 2023).

4 Este lenguaje remonta a la resolución de la Asamblea General titulada “Unión pro paz”, en la cual había sido reconocida la facultad por la Asamblea General de discutir sobre un asunto relativo al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en los supuestos en los que el Consejo de Seguridad no pudiese conocer sobre estos asuntos debido al ejercicio del derecho de veto ejercido por uno o más de sus cinco miembros permanentes. UN Doc A/RES/377 (V).

5 La resolución de la Asamblea General ha sido adoptada con 141 votos en favor, 5 votos en contra (Bielorrusia, República Democrática del Congo, Eritrea, Rusia y Siria) y 35 abstenciones. UN Doc A/ES-11/L.1.

Ante la agresión rusa a Ucrania,⁶ se pusieron en marcha investigaciones, como la de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, que confirmaron la comisión de crímenes internacionales en territorio del Estado agredido, incluyendo crímenes de guerra.⁷ Por todo esto, a la luz de los sucesos ocurridos en el este de Europa, la CPI y sus facultades merecen ser analizadas nuevamente. Se trata de un asunto de gran actualidad que nos permite plantear consideraciones jurídicas a propósito de las funciones y poderes atribuidos a la CPI en tema de persecución de los crímenes internacionales cometidos en Ucrania de los cuales ya queda constancia.⁸

El objetivo del presente trabajo es el de comprender qué posibilidades existen para llevar a cabo una efectiva persecución ante la CPI de los principales responsables de los crímenes internacionales cometidos en Ucrania. Esta obra se centra en el examen de las cuestiones de competencia y jurisdicción de la CPI en el contexto del conflicto ruso-ucraniano, así como en el estudio de los mecanismos de colaboración establecidos entre la Fiscalía de la CPI e individuos, agencias especializadas y Estados Parte para la recogida y almacenamiento de las pruebas de las atrocidades cometidas en el territorio ucraniano. Asimismo, respecto de la colaboración entre la Fiscalía y los Estados Parte del Estatuto de Roma, se pondrá el acento en el deber de detención y entrega de los individuos sobre los que recae una orden de detención emanada por la CPI, así como en los límites de esta obligación derivados del instituto de la inmunidad de la cual gozan los Jefes de Estado de países terceros.

II. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

Con carácter previo al análisis de las cuestiones de competencia y jurisdicción de la CPI sobre la situación de Ucrania, conviene abordar brevemente el principio de complementariedad.

En efecto, el principio de complementariedad se considera como uno de los tres caracteres fundamentales de la CPI, junto con su carácter permanente y su jurisdicción respecto a los crímenes más graves de trascendencia internacional. En virtud de este principio, la CPI se tiene que considerar como un órgano jurisdiccional complementario a los tribunales nacionales.⁹ De hecho, la CPI actúa como un “tribunal de reserva permanente”, que interviene cuando no existe una supresión nacional efectiva de crímenes internacionales como el genocidio, el crimen de agresión, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.¹⁰ Esto se debe al hecho de que la CPI tiene por objeto complementar, no suplantar, las jurisdicciones nacionales.¹¹

6 *Ibid.*

7 Véase, *inter alia*, Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, UN Doc A/77/533, párr. 109.

8 *Ibid.*

9 KLEFFNER, J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, 2008, p. 4.

10 BOS, A., “The Role of an International Criminal Court in the Light of the Principle of Complementarity”, en DENTERS, E, SCHRIJVER, N., (eds), *Reflections on International Law from the Low Countries*, Kluwer, 1998, pp. 249–259, p. 253.

11 CRYER, R., *An introduction to international criminal law and procedure*, *op. cit.*, p. 155.

El principio de complementariedad se tiene que analizar en relación con el régimen de admisibilidad de un asunto frente a la CPI. En efecto, tal y como se reconoce en el artículo 17 del Estatuto de Roma, la CPI no podrá ejercer su jurisdicción frente a un asunto en el que las autoridades nacionales estén investigando, persiguiendo o se hayan ya pronunciado, a menos que las circunstancias del caso no indiquen que el Estado no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.¹²

Así como reconocen la doctrina y la jurisprudencia,¹³ la prueba de complementariedad se articula en dos fases. La primera fase consiste en averiguar si está en curso una investigación o enjuiciamiento a nivel nacional. Sucesivamente, en caso de que existiera, la segunda fase consiste en comprobar si el Estado no puede o no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento.

Centrándose en la primera fase, un asunto se considerará inadmisibile frente a la CPI si está siendo o ha sido objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado al cual se le atribuye la jurisdicción.¹⁴ Se considerarán inadmisibles también los asuntos en los que las personas denunciadas frente a la CPI hayan ya sido enjuiciadas por las conductas a las que se refieren las denuncias.¹⁵ Por otro lado, en los supuestos en los que las autoridades nacionales no hayan tomado ninguna acción en relación con un determinado asunto, el caso se tendrá que considerar admisible frente a la CPI, al no cumplirse con ninguno de los criterios de inadmisibilidad establecidos en el artículo 17 del Estatuto.¹⁶

Respecto a la segunda fase, en el caso de que las autoridades nacionales ejerzan o hayan ejercido aparentemente su propia jurisdicción, se tendrá que averiguar si no pueden o no están dispuestas para llevar a cabo realmente la investigación o el enjuiciamiento del caso concreto.¹⁷ El termino *realmente* —en inglés *genuinely*— se tiene que interpretar como particularmente favorable para los Estados puesto que la CPI no podrá ejercer su jurisdicción sobre un determinado asunto que esté o haya sido conocido por los tribunales nacionales siempre y cuando éste haya sido tramitado teniendo en cuenta los principios básicos de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el Derecho Internacional.¹⁸

En resumidas cuentas, solo al cumplirse con los dos requisitos anteriormente mencionados, la CPI podrá ejercer su competencia sobre un determinado asunto. Sin embargo, cabe una vez más destacar el hecho de que la responsabilidad principal para ejercer la jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales corresponde a los Estados y que uno de los objetivos principales del principio de complementariedad reside en el hecho de fomentar

12 Art. 17, Estatuto de Roma.

13 ROBINSON, D., “The Mysterious Mysteriousness of Complementarity”, *Criminal Law Forum* vol. 21, n° 1, 2010, pp. 67-102; Sala de Apelaciones, *Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case*, de 25 de septiembre de 2009, párr. 78 (ICC-01/04-01/07-1497).

14 Art. 17.1 a y b, Estatuto de Roma.

15 *Ibid.*, art. 17.1 c.

16 ROBINSON, D., “The Mysterious Mysteriousness of Complementarity”, *op. cit.*, p. 81 ss.

17 CRYER, R., *op. cit.*, p. 157.

18 Art. 17.2, Estatuto de Roma.

la incoación de procedimientos por crímenes internacionales por parte de los tribunales nacionales.¹⁹

En relación con este último aspecto, desde que ha empezado la guerra de agresión llevada a cabo por la Federación Rusa en el territorio ucraniano, la Fiscalía General de Ucrania ha afirmado haber registrado más de cien mil posibles crímenes de guerra cometidos por los militares rusos.²⁰ Según los datos facilitados por la Fiscalía General de Ucrania, cuyas cifras están destinadas a aumentar en los próximos meses, casi 700 personas están siendo actualmente investigadas y, entre éstas, muchas ya han sido condenadas por los tribunales ucranianos. Entre las decisiones judiciales, interesa destacar la sentencia del Tribunal de la ciudad de Irpin de finales de agosto 2023, en la cual se declaró a 9 militares rusos pertenecientes a la 64ª Brigada de Fusileros Motorizada culpables de crímenes de guerra cometidos en Bucha en marzo de 2022.²¹ Este juicio importa por ser el primero tras las investigaciones en Ucrania sobre los infames crímenes perpetrados en Bucha.²² Basándose en lo dispuesto en el artículo 438 del Código Penal ucraniano, donde se recoge la prohibición de cometer crímenes de guerra, el tribunal de Irpin resolvió sancionar a los 9 imputados con penas entre los 11 y 12 años de prisión.²³

Es claro que, como ha sido señalado anteriormente, uno de los objetivos del principio de complementariedad es el de fomentar los procesos en el ámbito nacional. Sin embargo, pueden existir algunas circunstancias en las que la CPI puede intervenir no tanto para hacer frente a la inacción de las autoridades nacionales, sino como una herramienta a disposición de los Estados. La situación excepcional que tiene lugar en Ucrania puede ser considerada una de estas circunstancias. En esa lógica, la CPI podría consensuar con los Estados Parte un reparto de las competencias y poner el foco de su atención en la persecución de los principales responsables de los crímenes internacionales cometidos en un determinado contexto.²⁴

Consideraciones como el impacto que las investigaciones y enjuiciamientos pueden tener sobre las víctimas de los delitos y las comunidades afectadas, así como sobre los crímenes en curso y su posible efecto disuasorio,²⁵ hacen que la CPI siga una estrategia centrada en utilizar sus limitados recursos para perseguir a los principales responsables de la comisión de graves

19 BURKE-WHITE, W., “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice”, *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n° 1, 2008, pp. 53-108.

20 Véase: <https://gp.gov.ua/> (última consulta efectuada el 23 de octubre de 2023).

21 ZHEZHERA, O., “Bucha: nine Russian soldiers sentenced and more trials to come”, [Justiceinfo.net](https://www.justiceinfo.net/), 15 de septiembre de 2023. Véase: <https://www.justiceinfo.net/en/121743-bucha-nine-russian-soldiers-sentenced-and-more-trials-to-come.html> (última consulta efectuada el 23 de octubre de 2023).

22 Véase, *inter alia*, Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania, *op. cit.*, párr. 66.

23 ZHEZHERA, O., “Bucha: nine Russian soldiers sentenced and more trials to come”, *op. cit.*

24 CRYER, R., *op. cit.*, p. 161.

25 Fiscalía de la CPI, *Policy paper on case selection and prioritisation*, 15 de septiembre de 2016, párr. 42. En relación con el efecto disuasorio, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo*, de 24 de febrero de 2006, Anexo I, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58*, de 10 de febrero de 2006, párr. 50 (ICC-01/04-01/06).

crímenes internacionales,²⁶ siendo en muchas ocasiones altos dirigentes estatales. A diferencia de los tribunales nacionales, la CPI y la base jurídica sobre la cual opera ofrece una variedad de herramientas que pueden garantizar una investigación y un enjuiciamiento más eficaz. En relación con esto, cabe destacar la obligación de cooperar por parte de los Estados Parte del Estatuto de Roma, así como la posibilidad (aunque controvertida) de superar el obstáculo de la inmunidad de las autoridades estatales de terceros Estados.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el proceso ante la CPI representa un recurso más incisivo para la persecución de los responsables por crímenes internacionales cometidos en Ucrania, incluidos el presidente Vladimir Putin y otras autoridades estatales de la Federación Rusa.

III. CUESTIONES DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LA SITUACIÓN DE UCRANIA

1. La atribución y activación de la competencia de la Corte Penal Internacional respecto de los crímenes internacionales cometidos en Ucrania

Así como establece el artículo 5 del Estatuto de Roma, la CPI tiene atribuida la competencia para juzgar sobre cuatro categorías de crímenes internacionales: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.²⁷

Las definiciones de estos crímenes contenidas en los artículos 6 a 8 *bis* del Estatuto tienen que considerarse reproductivas de Derecho Internacional consuetudinario. Sin embargo, cabe afirmar que, aunque la correspondencia con el Derecho Internacional consuetudinario es muy cercana, no resulta totalmente coincidente. De hecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 del Estatuto de Roma, la CPI deberá aplicar las disposiciones del Estatuto a pesar del hecho de que el Derecho Internacional consuetudinario pueda crear delitos más amplios.²⁸

Respecto a la competencia de la CPI, así como establecen el primer y segundo apartado del artículo 12 del Estatuto de Roma, la competencia de la CPI se determina, de manera general, mediante la ratificación o la adhesión al Estatuto de Roma por el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la comisión de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5, o en el caso de que el acusado fuere nacional de este Estado Parte.²⁹

La competencia de la CPI puede incluso activarse mediante una resolución adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU actuando en conformidad con lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta. En el caso de que se siguiera este trámite, a diferencia de los otros supuestos de

26 Fiscalía de la CPI, *Policy paper on case selection and prioritisation*, *op. cit.*, párr. 50. Véase también, STAHN, C., *A critical introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 349.

27 Art. 5, Estatuto de Roma.

28 Art. 10, Estatuto de Roma; véase también CRYER R., *op. cit.*, p. 147.

29 Art. 12.1 y 12.2, Estatuto de Roma.

activación de la competencia de la CPI, tanto la competencia como la jurisdicción de la CPI se activarían simultáneamente.³⁰

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 12.3, se prevé también la posibilidad de atribuir la competencia a la CPI a través de una declaración *ad hoc* que le permita conocer una situación específica siempre y cuando el crimen ocurra en el territorio del Estado que efectúa dicha declaración o, alternativamente, sea cometido por uno de los nacionales del mismo.³¹

Esta última modalidad resulta particularmente relevante para la persecución de los crímenes internacionales cometidos en Ucrania. En efecto, la declaración bajo el artículo 12.3 del Estatuto de Roma se configura como la única posibilidad para activar la competencia de la CPI en estas especiales circunstancias. Esta afirmación encuentra explicación en, al menos, dos motivos: por un lado, ni Ucrania ni Rusia son Estados Parte del Estatuto de Roma y, por otro, la adopción de una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU mediante la cual se active la competencia de la CPI resultaría imposible. Esto último puede presumirse teniendo en cuenta la posición de Rusia como miembro permanente del Consejo de Seguridad y el derecho de veto que tiene en carácter de tal.

Efectivamente, Ucrania ha hecho uso de esta facultad, presentando dos declaraciones en 2014 y 2015 respectivamente. Ambas declaraciones fueron respaldadas por la previa aprobación del Parlamento ucraniano, en las que se reconocía la competencia de la CPI. Mediante la primera, Ucrania aceptó la competencia de la CPI en relación con los presuntos delitos cometidos en su territorio entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014.³² Posteriormente, a través de la declaración de 2015, Ucrania consintió extender el ámbito temporal de la competencia de la CPI atribuyendo al Tribunal la posibilidad de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales ocurridos en su territorio desde el 20 de febrero de 2014 en adelante, sin fijar una fecha de cierre.³³

Las declaraciones de 2014 y 2015 emitidas por el gobierno de Ucrania se configuran como un requisito esencial para activar la competencia de la CPI y poder así llevar a cabo una efectiva persecución de los crímenes cometidos en el territorio ucraniano. No obstante esto último, es oportuno analizar los límites temporales y materiales relacionados con estas dos declaraciones.

En cuanto a los límites temporales, el artículo 11 del Estatuto de Roma establece que la CPI tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto.³⁴ A su vez, la CPI puede ejercer esta competencia respecto de los Estados que se hayan adherido en un momento posterior a la entrada en vigor, excepto que éstos no hayan prestado

30 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, n° 2, 2022, pp. 57-76, p. 59.

31 Art. 12.3, Estatuto de Roma.

32 La primera declaración bajo el artículo 12.3 del Estatuto de Roma se puede consultar al siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine> (última consulta efectuada el 11 de octubre de 2023).

33 La segunda declaración bajo el artículo 12.3 del Estatuto de Roma se puede consultar al siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine> (última consulta efectuada el 11 de octubre de 2023).

34 Art. 11, Estatuto de Roma.

una declaración conforme al artículo 12.3 del Estatuto haciendo remontar la competencia *ratione temporis* de la CPI al 1 de julio de 2002, día en el cual entró en vigor el Estatuto de Roma.³⁵

En el presente supuesto, sobre la base de lo explicado anteriormente, la CPI puede ejercer su competencia en los casos acontecidos a partir del 21 de noviembre de 2013, es decir, desde el límite temporal que surge de la lectura conjunta de las dos declaraciones emitidas por Ucrania. Sin embargo, como fue señalado, las declaraciones no definen una fecha que limite el ejercicio de dicha competencia a futuro. En relación con los crímenes cometidos en el territorio ucraniano tras el inicio de la “operación militar especial”, al no fijarse en la segunda declaración una fecha de cierre límite, es posible afirmar que la CPI tiene atribuida la competencia para llevar a cabo una persecución de las atrocidades perpetradas en Ucrania tras el comienzo de la guerra, cometidas tanto por los ucranianos como por nacionales de otros Estados. Por lo tanto, en aplicación del vínculo de territorialidad disciplinado en el artículo 12.2 *a* del Estatuto de Roma, podrán ser investigados y enjuiciados incluso los rusos, a pesar del hecho de que Rusia no sea un Estado Parte del Estatuto de Roma ni haya prestado una declaración unilateral aceptando la competencia de la CPI conforme al artículo 12.3 del Estatuto.³⁶

En lo que respecta a los límites materiales, por otra parte, importa señalar la diferencia entre las declaraciones del Parlamento ucraniano y aquellas dirigidas al Secretario de la CPI. Concretamente, mientras que en las declaraciones del órgano legislativo se menciona únicamente la competencia de la CPI sobre los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, en las declaraciones remitidas por Ucrania al Secretario de la CPI se reconoce una competencia de forma genérica de la CPI para identificar, enjuiciar y juzgar a los autores y cómplices de los actos cometidos desde el 21 de noviembre de 2013, incluyendo también la investigación y enjuiciamiento del crimen de genocidio. No obstante el contraste evidenciado, interesa aclarar que las declaraciones dirigidas al Secretario del Tribunal son las únicas sobre las cuales remitirse.

El crimen de agresión, sin embargo, no está comprendido en el ámbito material de la competencia de la CPI. En efecto, son varias las razones en virtud de las que la CPI no puede ejercer su jurisdicción respecto al crimen de agresión cometido por Rusia contra Ucrania. Llamativamente, esto es así a pesar de que la “operación militar especial” orquestada desde Moscú en el territorio ucraniano fue calificada como un acto de agresión,³⁷ comportando, por lo tanto, la responsabilidad penal internacional de los líderes rusos, incluida la del presidente de la Federación Rusa Vladimir Putin.

Puede resultar cuestionable que Ucrania no haya reconocido la competencia de la CPI para investigar y enjuiciar a los responsables del crimen de agresión a través de ningún acto unilateral.

35 El efecto retroactivo de la declaración unilateral realizada conforme al art. 12.3 ha sido criticado por una parte de la doctrina. *Inter alia*, véase ZIMMERMAN, A., “Palestine and the International Criminal Court *Quo Vadis?*”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n° 2, 2013, pp. 303-329, p. 303.

36 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad”, *op.cit.*, p. 66.

37 A/RES/ES-11/1.

Sin embargo, aunque lo hubiera hecho, dicho reconocimiento no hubiera podido considerarse como válido dado que, tal y como se establece en el artículo 15 *bis* párrafo 5 del Estatuto de Roma, la CPI no puede ejercer su competencia en relación con el crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales o en el territorio de uno Estado que no sea parte del Estatuto de Roma.³⁸

En este orden de ideas, en este caso en particular, la CPI podría tener competencia para entender en lo relativo al crimen de agresión únicamente en el supuesto en que el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, haga conocer la situación de agresión a la CPI. El Consejo de Seguridad se dirigió a la CPI en dos situaciones solamente, Darfur y Libia,³⁹ aunque en ninguna de ellas se enjuició el crimen de agresión.

Sin embargo, una vez más, resulta inverosímil la aprobación de una resolución por parte del Consejo de Seguridad en la cual se autorice a la CPI a investigar y enjuiciar a los líderes rusos por el crimen de agresión cometido en Ucrania. Al ser Rusia miembro permanente del Consejo de Seguridad, lo más probable es que este Estado ejerza el derecho de veto que le reconoce el artículo 27.3 de la Carta de las Naciones Unidas y evite así el procesamiento de sus líderes ante la CPI.

A tenor de estas consideraciones, se han llevado a cabo diferentes iniciativas encaminadas a superar los límites contenidos en el Estatuto de Roma y así poder enjuiciar a los responsables del crimen de agresión. Entre otras, cabe destacar la propuesta de crear un tribunal penal internacional *ad hoc* donde se juzguen a los responsables del crimen de agresión cometido contra Ucrania. Esta particular iniciativa ha sido respaldada tanto en doctrina,⁴⁰ como en el seno de las Organizaciones Internacionales.⁴¹

Asimismo, un sector de la doctrina ha propuesto calificar el uso no justificado de la fuerza por parte de Rusia contra la integridad territorial y la independencia política de Ucrania como un crimen de lesa humanidad conforme al artículo 7.1 *k* del Estatuto de Roma. Según estos doctrinarios, tal calificación sería posible en tanto Rusia ha causado intencionalmente grandes sufrimientos o graves daños a la salud física y mental de la población ucraniana.⁴²

38 Art. 15 *ter* párr. 5, Estatuto de Roma.

39 Consejo de Seguridad, Resolución 1593 (2005), S/RES/1593 (2005); Consejo de Seguridad, Resolución 1970 (2011), S/RES/1970 (2011).

40 BROWN, G., AKANDE, D., *et al.*, *Statement calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression against Ukraine*, 4 de marzo de 2022. Véase: <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf> (última consulta efectuada el 21 de octubre de 2023).

41 *Inter alia*, véase Consejo de Europa, Resolución 2436 (2022), de 28 de abril, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Véase: <https://pace.coe.int/pdf/fa02a5672334527444dc210c5dab-03df71864ae0fc169d8a890d751b53efdec1/res.%202436.pdf> (última consulta efectuada el 21 de octubre de 2023). Véase también la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2023, sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania (2022/3017(RSP)).

42 PINZAUTI, G., PIZZUTI, A., “Prosecuting Aggression against Ukraine as an ‘Other Inhumane Act’ before the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20, n° 5, 2022, pp. 1061-1083.

2. El ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal internacional en la situación de Ucrania

El artículo 13 del Estatuto de Roma establece tres mecanismos mediante los que se puede activar la jurisdicción de la CPI.⁴³ Según esta disposición normativa, la CPI puede ejercer su jurisdicción, primero, a través la intervención de cualquier Estado Parte del Estatuto de Roma, segundo, mediante la remisión por parte del Consejo de Seguridad o, tercero, a instancia del Fiscal con la previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares.⁴⁴

Estos mecanismos y su posible (o imposible) implementación pueden ser analizados a la luz del asunto de Ucrania. En primer lugar, corresponde señalar que Ucrania no puede solicitar a la CPI que active su jurisdicción. Por un lado, Ucrania no es parte del Estatuto de Roma y, por otro, haber reconocido mediante declaraciones unilaterales la competencia de la CPI no legitima a este Estado a requerir al Tribunal que ejerza su jurisdicción. En segundo lugar, la posibilidad de que la cuestión pueda ser remitida a la CPI por el Consejo de Seguridad es prácticamente inviable por motivos como los desarrollados anteriormente. En virtud de esto, es conducente analizar la posibilidad de activar la jurisdicción de la CPI a instancia del Fiscal o de algún Estado que sea parte del Estatuto de Roma. En los hechos, ambos mecanismos han operado para activar la jurisdicción de la CPI respecto a la cuestión de Ucrania. A continuación, siguen algunas consideraciones sobre la manera en que estos supuestos fueron concretados.

Respecto del primer supuesto señalado, el 28 de febrero de 2022 el Fiscal de la CPI anunció su intención de llevar a cabo la investigación sobre los crímenes internacionales cometidos en Ucrania luego de haber obtenido la autorización por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares II.⁴⁵ Si bien es cierto que la decisión del Fiscal de actuar *proprio motu* representaba la única manera para activar la jurisdicción de la CPI ante una inicial pasividad de los Estados Parte del Estatuto, también es verdadero que este procedimiento trae ínsita una dilación de los plazos para poder llevar a cabo una investigación efectiva de los crímenes sobre los que la CPI tiene atribuida competencia. A modo ilustrativo, la doctrina reconoce que la solicitud de autorización se tiene que considerar como un “proceso complejo y prolongado que habría obligado a demorar algunos meses el inicio de la investigación”.⁴⁶ Dado por descontado que habitualmente el ejercicio de la jurisdicción de la CPI se desarrolla en plazos relativamente largos,⁴⁷ una ulterior y adicional demora de las actuaciones tendría varios efectos negativos

43 Art. 13, Estatuto de Roma. Para más informaciones, véase OLÁSOLO, H., *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, 2005.

44 CRYER, R., *op. cit.*, p. 153.

45 Véase ICC-01/22-1 y ICC-01/22-1-AnxI, disponible en <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine> (última consulta efectuada el 13 de octubre de 2023).

46 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, p. 62.

47 Sobre el tema de la duración de los procesos en la CPI, *inter alia*, véase GUMPERT, B., NUZBAN, Y., “Part I: What can be done about the length of proceedings at the ICC?”, *EJIL:Talk*, 15 de noviembre de 2019. Véase: <https://www.ejiltalk.org/part-i-what-can-be-done-about-the-length-of-proceedings-at-the-icc/> (última consulta efectuada el 18 de octubre de 2023); GUMPERT, B., NUZBAN, Y., “Part II: What can be done about the length of proceedings at the ICC?”, *EJIL:Talk*, 18 de noviembre de 2019. Véase: <https://www.ejiltalk.org/part-ii-what-can-be-done-about-the-length-of-proceedings-at-the-icc/>

fuera y dentro del proceso. Puede mencionarse, a modo de ejemplo, el aumento del nivel de frustración de las víctimas de los crímenes internacionales, el mayor riesgo de deterioro de las pruebas, así como la disminución de incentivos a cooperar con la CPI por parte de Estados y particulares.⁴⁸

En razón de lo antedicho, y a pesar de la autonomía de la cual goza la CPI en el ejercicio de sus funciones de investigación y de enjuiciamiento, corresponde analizar el supuesto en que un Estado Parte del Estatuto de Roma acuda a la CPI para solicitarle que ejerza su jurisdicción. En el caso puntual, para subsanar los inconvenientes relativos a la activación de la jurisdicción de la CPI a instancia del Fiscal, el 1 de marzo 2022, Lituania y, al día siguiente, otros 38 Estados Parte, instaron a la CPI que ejerciera su jurisdicción sobre los crímenes cometidos en el territorio ucraniano a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 *a* del Estatuto de Roma.⁴⁹

Esto permite agilizar la fase de investigación, al no ser necesaria una autorización previa por la Sala de Cuestiones Preliminares. Más aún, es razonable sostener que la remisión colectiva de la situación de Ucrania a la CPI por parte de un número tan significativo de Estados, tiene que leerse como un suceso que, por una parte, legitima considerablemente la acción de persecución de los graves crímenes internacionales llevada a cabo por la CPI y que, por otra, fortalece el grado de confianza de la Comunidad Internacional en el Derecho Internacional Penal.

Asimismo, al considerar la prohibición de los crímenes de guerra y de lesa humanidad como normas imperativas de Derecho Internacional,⁵⁰ cuya violación afecta la Comunidad Internacional en su conjunto, la remisión colectiva llevada a cabo por 43 Estados Parte del Estatuto de Roma podría también considerarse como una actuación realizada conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Dicho artículo establece concretamente el deber de cooperación de todos los Estados para poner fin a una violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho Internacional general.⁵¹

www.ejiltalk.org/part-ii-what-can-be-done-about-the-length-of-proceedings-at-the-icc/ (última consulta efectuada el 18 de octubre de 2023).

48 Véase “Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System, Final Report”, 30 de septiembre de 2020, p. 227. Véase: https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf (última consulta efectuada el 19 de octubre de 2023).

49 Véase ICC-01/22-2, Anexos A, C, D y E. También Japón y Macedonia del Norte (el 11 de marzo de 2022), Montenegro (el 21 de marzo de 2022) y Chile (el 1 de abril de 2022) remitieron la situación a la CPI. Véase: <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine> (última consulta efectuada el 19 de octubre de 2023).

50 En cuanto a los crímenes de guerra, las normas básicas del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados consideradas de carácter “intransigible” deben considerarse normas imperativas de derecho internacional. *Inter alia*, véase, CIJ, Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, C.I.J. *Recueil* 1996, p. 257, párr. 79. Para los crímenes de lesa humanidad, véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019), UN Doc A/74/10, p. 11.

51 Véase Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), pp. 121–122.

IV. ENTRE LOS MECANISMOS DE INVESTIGACIÓN Y COOPERACIÓN Y LA CUESTIÓN PENDIENTE DE LA INMUNIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO

1. Mecanismos de investigación y formas de cooperación con terceros

A pesar de que la Fiscalía esté acostumbrada a enfrentarse con varios problemas prácticos relativos a la obtención de pruebas en sus investigaciones, la intensidad del conflicto armado en curso en el territorio ucraniano, la participación de unidades militares de nacionalidades diferentes a las de los dos Estados beligerantes, la intervención de grupos armados no estatales, así como los desplazamientos masivos de la población ucraniana fuera de sus fronteras, hacen que en este caso la recogida de pruebas y la localización de los testigos resulte una tarea aún más difícil de lo habitual.⁵²

Para hacer frente a esta situación de carácter excepcional, se han puesto en marcha unos mecanismos de investigación en los que adquiere especial relevancia la cooperación ofrecida a la CPI por los individuos, agencias especializadas y Estados Parte del Estatuto de Roma. De hecho, cabe destacar que, como afirma el Fiscal de la CPI, para que se lleven a cabo unas investigaciones efectivas en un plazo razonable encaminadas a establecer la verdad y perseguir a los presuntos responsables de crímenes internacionales, es necesaria la participación de todas aquellas personas que puedan tener información relevante para contribuir con la tarea de investigación realizada por la Fiscalía.⁵³

Debido al carácter extraordinario de la situación ucraniana, se ha incentivado el utilizzo de un portal de comunicación a través del cual se permite a todas las personas que tengan conocimiento de la comisión de crímenes de competencia de la CPI en Ucrania informar al equipo de investigadores de la Fiscalía sobre la posible comisión de estas atrocidades.⁵⁴ Se trata de un recurso que ha recibido opiniones favorables por parte de la doctrina puesto que, *inter alia*, permite una comunicación más sencilla entre los individuos y la Fiscalía, garantizando al mismo tiempo la protección de las comunicaciones así como de las informaciones proporcionadas por las personas.⁵⁵

Respecto de la preservación de pruebas, debe mencionarse la enmienda del Reglamento (UE) 2018/1727 (en adelante *Reglamento Eurojust*) introducida por el Reglamento (UE) 2022/838, del Parlamento Europeo y del Consejo.⁵⁶ En efecto, añadiendo el apartado *j* al artículo 4 del *Reglamento Eurojust*, se permite a *Eurojust* llevar a cabo unas tareas de preservación, análisis y almacenamiento de pruebas relacionadas con la comisión del crimen de genocidio, crímenes

52 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, p. 69.

53 Véase: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-additional-referrals-japan-and> (última consulta efectuada el 22 de octubre de 2023).

54 Véase: <https://otppathway.icc-cpi.int/index.html> (última consulta efectuada el 22 de octubre de 2023).

55 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, pp. 69-70.

56 Reglamento (UE) 2022/838 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727 en lo que respecta a la preservación, análisis y almacenamiento en *Eurojust* de pruebas relativas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones penales conexas. DOUE, L 148, de 31 de mayo 2022.

contra la humanidad, crímenes de guerra e infracciones penales conexas, así como se facilita el intercambio de estas pruebas con las autoridades nacionales competentes y las autoridades judiciales internacionales, en particular la CPI.⁵⁷

Como resultado de esta enmienda, el pasado febrero se ha puesto en marcha la *Core International Crimes Evidence Database*, una base de datos a través de la cual se permite a *Eurojust* facilitar la transmisión y el intercambio de pruebas clave para las investigaciones sobre los crímenes internacionales cometidos en Ucrania, así como su almacenamiento seguro con el fin de evitar la pérdida de pruebas debido a la guerra en curso.⁵⁸ Como se reconoce por parte de expertos en la materia, una de las mayores ventajas relacionadas con la modificación de las competencias de *Eurojust* reside en el hecho de que resultaría posible, con el material probatorio a disposición de esta agencia, generar un “mapa criminal” que podría ser utilizado no solo frente a los tribunales nacionales que se consideren competentes, sino, también en los procesos que pudieran derivarse ante la propia CPI.⁵⁹

Sin embargo, la utilización del material probatorio a disposición de *Eurojust* ante la CPI está sujeto a algunas limitaciones puesto que, así como establecido en la norma 63 de las Normas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, las Salas de la CPI gozan de un alto nivel de discrecionalidad para la valoración de la pertinencia o admisibilidad de la prueba,⁶⁰ pudiendo por lo tanto finalmente optar por no utilizar las informaciones obtenidas a través de esta modalidad.

A pesar de esta matización, lo que es cierto es que, mediante la modificación del *Reglamento Eurojust*, el Fiscal se podrá beneficiarse del aporte proporcionado por la tarea de preservación, análisis y almacenamiento de pruebas relacionadas con la comisión de crímenes internacionales llevada a cabo por *Eurojust*, siendo éste un recurso ulterior a disposición de la Fiscalía de la CPI para realizar sus investigaciones.

Otra forma de cooperación en la que participan tanto *Eurojust* como la CPI se materializa en el Equipo de Investigación Conjunto (conocido como JIT), creado para investigar la comisión de crímenes internacionales cometidos en el territorio ucraniano con ocasión del conflicto en curso. El JIT representa uno de los instrumentos más avanzados utilizados en la cooperación internacional en asuntos penales, que comprende un acuerdo jurídico entre las autoridades competentes de dos o más Estados para llevar a cabo investigaciones penales.⁶¹

57 *Ibid.*, véase art. 4 j del *Reglamento Eurojust*.

58 Véase: <https://www.eurojust.europa.eu/news/start-operations-core-international-crimes-evidence-database-and-new-international-centre> (última consulta efectuada el 19 de octubre de 2023).

59 TORRES PÉREZ, M., “Eurojust, veinte años de compromiso por la cooperación judicial penal en Europa. El futuro de la agencia ante la guerra en Ucrania”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 44, 2022, pp. 1-17, p. 9.

60 Véase Norma 63 de las Normas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, disponible en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf> (última consulta efectuada el 24 de octubre de 2023).

61 HERZ, A., “The role of Europol and Eurojust in Joint Investigation Teams”, en RIJKEN, C., VERMEULEN, G., (eds), *Joint Investigation Teams in the European Union: From Theory to Practice*, 2006, TMC Asser Press, pp. 159-195.

A pesar de no ser el primero,⁶² el Equipo de investigación Conjunto en Ucrania debe considerarse como el más relevante. Constituido en marzo 2022 mediante el soporte jurídico y técnico de *Eurojust*, el JIT relativo a la situación de Ucrania, compuesto inicialmente por Lituania, Polonia y Ucrania, ha ido ampliándose mediante la adhesión de Estonia, Letonia y Eslovaquia, en mayo 2022, así como de Rumania, el pasado octubre.⁶³ Asimismo, en abril 2022, por primera vez en su historia, con el objetivo de fortalecer la cooperación penal en las actividades de investigación de los crímenes internacionales cometidos en Ucrania, la Fiscalía de la CPI decidió adherirse al Equipo de Investigación Conjunto recién establecido.⁶⁴

La participación de la Fiscalía en el JIT lleva consigo varias ventajas. En efecto, mediante su adhesión se consolida una dimensión de neutralidad, la cual había sido previamente cuestionada, testimoniada por la voluntad de investigar no solo las atrocidades cumplidas por el ejército ruso sino las cometidas por cualquier individuo a pesar de su nacionalidad.⁶⁵ Asimismo, mediante esta cooperación se simplifica el trabajo de la Fiscalía dado que, al disponer de recursos humanos y materiales limitados, no podría por sí sola recoger y almacenar todas las informaciones útiles para su actividad de investigación.

De igual manera, a pesar del hecho de que la CPI goce de máxima discrecionalidad a la hora de valorar la pertinencia o admisibilidad de la prueba, la incorporación de la Fiscalía en el Equipo de Investigación Conjunto le podrá facilitar la obtención de informaciones y pruebas útiles, determinando un mejor desarrollo y consecuente reducción de los plazos de investigación de las situaciones por las que la CPI tiene atribuida la competencia.

Sin embargo, tras considerar el carácter extraordinario y de última instancia de la jurisdicción de la CPI, como afirma el Fiscal de la CPI, la participación de la Fiscalía en el JIT no tiene que verse de manera unívoca, encaminada únicamente a la recepción de informaciones y pruebas. De hecho, en virtud del principio de complementariedad, y tras considerar el objetivo último de todos los miembros del JIT de evitar la impunidad para los responsables de estas graves atrocidades, con su incorporación pretende ser “un socio eficaz con respecto a la realización de procedimientos nacionales en relación con los principales crímenes internacionales”.⁶⁶

Actuando de esta manera, la acción de la Fiscalía de la CPI resulta dirigida hacia una implementación del principio de *positive complementarity*, fomentando por lo tanto la incoación de los procesos en los tribunales nacionales y ofreciendo su asesoramiento y ayuda para la

62 *Eurojust*, “20 Years On: Main Developments in the Fight Against Impunity for Core International Crimes in the EU”, 23 de mayo de 2022, pp. 20-21. Véase: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/20-years-main-developments-fight-against-impunity-core-international-crimes-eu> (última consulta efectuada el 24 de octubre de 2023).

63 Véase: <https://www.eurojust.europa.eu/news/romania-becomes-seventh-member-joint-investigation-team-alleged-core-international-crimes> (última consulta efectuada el 24 de octubre de 2023).

64 Véase: <https://www.eurojust.europa.eu/news/icc-participates-joint-investigation-team-supported-eurojust-alleged-core-international-crimes> (última consulta efectuada el 24 de octubre de 2023).

65 TORRES PÉREZ, M., “Eurojust, veinte años de compromiso por la cooperación judicial penal en Europa. El futuro de la agencia ante la guerra en Ucrania”, *op.cit.*, p. 11.

66 Véase: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint> (última consulta efectuada el 25 de octubre de 2023).

actividad de investigación dirigida a la obtención de pruebas relevantes para los casos objeto de examen.⁶⁷

2. Cooperación con los Estados Parte: la obligación de entrega

Tal y como se reconoce en la sección IX del Estatuto de Roma, todos los Estados Parte tienen la obligación de cooperar plenamente con la CPI en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de su competencia.⁶⁸

La cooperación de los Estados Parte con la CPI abarca un conjunto heterogéneo de situaciones. En efecto, tal y como afirmado por la Asamblea de los Estados Parte en 2007, esta cooperación deberá ser dirigida a promulgar los mecanismos jurídicos establecidos en el Estatuto de Roma, fortalecer la cooperación para las investigaciones y los procedimientos incoados ante la CPI, así como identificar, determinar o inmovilizar los bienes relacionados con las atrocidades cometidas.⁶⁹ Asimismo, se establece la necesidad de reforzar los acuerdos de cooperación, el apoyo diplomático y la cooperación interestatal.⁷⁰

Entre estas finalidades, debe destacarse la necesidad de fomentar entre los Estados Parte el cumplimiento de su obligación de detención y entrega de las personas frente a las cuales se ha emitido una orden de detención por la CPI. Como se dispone en el artículo 89 del Estatuto de Roma, todos los Estados Parte tienen el deber de llevar a cabo la detención o la entrega de acuerdo con las solicitudes realizadas por la CPI.⁷¹ Se trata de una obligación de importancia capital al no tener la CPI un cuerpo de policía propio que pueda ejecutar estas órdenes de detención. Por lo tanto, es necesario considerar la necesidad de la presencia del acusado en el acto de juicio,⁷² la cooperación de los Estados resulta imprescindible para la incoación de los procesos realizados ante la CPI.

Respecto a la situación de Ucrania, la obligación de detención y entrega adquiere especial relevancia. El 17 de marzo de 2023, la CPI ha emitido una orden de detención contra el presi-

67 Respecto a la definición del principio de *positive complementarity*, véase Corte Penal Internacional, Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 1 de febrero de 2010, pp. 4-5, disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/prosecutorial-strategy-2009-2012> (última consulta efectuada el 25 de octubre de 2023). Véase también TILLIER, J., “The ICC Prosecutor and Positive Complementarity: Strengthening the Rule of Law?”, *International Criminal Law Review*, vol. 13, 2013, pp. 507-591.

68 Arts. 86 y ss, Estatuto de Roma. Véase también, BAETENS, F., “Multiple Avenues for State Cooperation with the International Criminal Court – Part One”, *EJIL:Talk*, 11 de marzo de 2020. Véase: <https://www.ejiltalk.org/multiple-avenues-for-state-cooperation-with-the-international-criminal-court-part-one/> (última consulta efectuada el 25 de octubre de 2023); BAETENS, F., “Multiple Avenues for State Cooperation with the International Criminal Court – Part Two”, *EJIL:Talk*, 12 de marzo de 2020. Véase: <https://www.ejiltalk.org/multiple-avenues-for-state-cooperation-with-the-international-criminal-court-part-two/> (última consulta efectuada el 25 de octubre de 2023).

69 Corte Penal Internacional, *Recomendaciones sobre la cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional (CPI): experiencias y prioridades* (2015) ICC-ASP/14/26/Rev.1, anexo II.

70 *Ibid.*

71 Art. 89, Estatuto de Roma.

72 *Ibid.*, art. 63.1.

dente de la Federación Rusa, Vladimir Putin, y Maria Lvova-Belova, comisaria para los Derechos de la Infancia de la Oficina del presidente de la Federación Rusa, por ser presuntamente responsables de crímenes de guerra al haber realizado una deportación y traslado ilegal de niños y niñas de las zonas ocupadas de Ucrania en la Federación Rusa.⁷³

En la orden de detención emitida por la CPI, se afirma que existen motivos fundados para considerar a Vladimir Putin y Maria Lvova-Belova como sujetos a responsabilidad criminal individual por las situaciones anteriormente mencionadas, al haber cometido estos actos “por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”, tal y como está disciplinado en el artículo 25.3 *a* del Estatuto de Roma.⁷⁴

La orden de detención emanada por la CPI representa un acto de extrema importancia dado que por primera vez la CPI emite una orden de detención contra un presidente que pertenece a uno de los 5 países miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y que está ejerciendo aún sus funciones. Asimismo, cabe destacar que la orden de detención emitida contra Vladimir Putin y Maria Lvova-Belova se tiene que considerar directamente vinculante por parte de los 123 Países que han ratificado el Estatuto de Roma, así como en Ucrania, la cual, mediante sus dos declaraciones unilaterales, ha aceptado expresamente cooperar con la CPI conforme a lo dispuesto en la sección IX del Estatuto de Roma. Por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del Estatuto, estos Estados quedan obligados a llevar a cabo el arresto de las personas incluidas en una orden de detención emanada por la CPI.

De hecho, a pesar de que la práctica haya puesto de manifiesto el elevado incumplimiento de esta obligación,⁷⁵ como demostrado en relación con las órdenes de detención y entrega emitidas contra el ex presidente sudanés Al-Bashir,⁷⁶ que no han sido respetadas por muchos Estados africanos que han ratificado el Estatuto de Roma,⁷⁷ la orden de detención emitida contra

73 Véase: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and> (última consulta efectuada el 26 de octubre de 2023).

74 Art. 25.3 *a*, Estatuto de Roma.

75 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, p. 72.

76 Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, de 4 de marzo de 2009 (ICC-02/05-01/09-3); Sala de Cuestiones Preliminares I, *Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, de 12 de julio de 2010 (ICC-02/05-01/09-95).

77 Véase, *inter alia*, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests issued by the Court with respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, de 12 de diciembre de 2011 (ICC-02/05-01/09-139). Para Malawi, véase MAGLIVERASA, K., NALDI, G., “The ICC Addresses Non-Cooperation by States Parties: The Malawi Decision”, *African Journal of Legal Studies*, vol. 6, 2013, pp. 137-151. Véase también, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, de 13 de diciembre de 2011 (ICC-02/05-01/09-140); Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, de 26 de marzo de 2013 (ICC-02/05-01/09-151); Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, de 9 de abril de 2014 (ICC-02/05-01/09-195); Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the Prosecutor's Request for a Finding of Non-Compliance*

Vladimir Putin y Maria Lvova-Belova, entre otras cosas, impone una fuerte limitación a su libertad de movimiento ya que, su estancia en Ucrania o en uno de los 123 países miembros del Estatuto de Roma podría conllevar su arresto por parte de las autoridades de estos Estados.

3. El obstáculo de la inmunidad

El análisis de la obligación de detención y entrega del presidente de la Federación Rusa Vladimir Putin a la CPI, a la que deben sujetarse los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma, debe realizarse considerando la inmunidad de los Jefes de Estado. Debido a este instituto jurídico la obligación referida podría sufrir algunas limitaciones. En efecto, si bien se excluye la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* respecto de las conductas que se sustancian en la comisión de graves crímenes internacionales,⁷⁸ los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores tienden a beneficiarse de la inmunidad *ratione personae* frente a la jurisdicción penal extranjera.⁷⁹ Sin embargo, la situación sería diferente si quienes invisten funciones semejantes fuesen enjuiciados frente a tribunales penales internacionales siempre y cuando éstos tuvieran la competencia para hacerlo.⁸⁰

El mandato de Putin no ha terminado. Teniendo ello en cuenta, es imperioso analizar la relación existente entre la inmunidad personal de los Jefes de Estado y el deber de detención y entrega de los Estados Parte del Estatuto de Roma considerando asimismo las posibles excepciones que permitirían levantar el velo de la primera.

A tenor del artículo 27, apartado segundo, del Estatuto de Roma, las inmunidades reconocidas a los Jefes de Estado no obstan para que la CPI pueda ejercer su competencia sobre estas personas.⁸¹ Según la doctrina, el artículo 27 ha sido interpretado como una renuncia preventiva a la inmunidad.⁸² Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Convención de

Against the Republic of Sudan, de 9 de marzo de 2015 (ICC-02/05-01/09-227); Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute*, de 11 de julio de 2016 (ICC-02/05-01/09); Sala de Cuestiones Preliminares II, *Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*, de 11 de diciembre de 2017 (ICC-02/05-01/09). Para más informaciones, véase: <https://asp.icc-cpi.int/non-cooperation> (última consulta efectuada el 27 de octubre de 2023).

78 Véase *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3) [1999] 2 A11 ER 97, HL, 190; *Blaškić*, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelación, sentencia de 29 de octubre de 1997, párr. 41, IT-95-14-108bis. Véase también Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, pp. 251-264, UN Doc A/77/10.

79 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, *op. cit.*, pp. 233-241. Véase también FOCARELLI, C., *Trattato di diritto internazionale*, Utet Giuridica, 2015, p. 878.

80 CIJ, *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, Sentencia de 14 de febrero de 2002, C.I.J. *Recueil* 2002, párr. 61.

81 Art. 27.2, Estatuto de Roma.

82 SCHABAS, W., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2016, p. 600.

Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁸³ la renuncia comprendida en esta disposición normativa obliga únicamente a las partes que han ratificado el Estatuto de Roma. A la luz de esto, en el presente supuesto, al no ser Rusia parte del Estatuto de Roma, Vladimir Putin podría acogerse a la inmunidad *ratione personae* sin que ésta resulte limitada por la aplicación del artículo 27 del Estatuto de Roma.

La inmunidad personal reconocida a los Jefes de Estado pone algunas limitaciones a la aplicación efectiva del deber de detención y entrega de los Estados Parte. En efecto, el artículo 27 del Estatuto de Roma debe ser interpretado juntamente con el artículo 98. En virtud de este otro artículo, la CPI carece del poder de dar curso a “una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho Internacional con respecto a la inmunidad de un Estado”, excepto que el tercer Estado haya prestado su consentimiento para renunciar a su inmunidad.⁸⁴

El artículo 98.1 del Estatuto pone el acento sobre la necesidad de actuar conforme a las obligaciones que derivan del marco jurídico internacional, en particular en relación con las inmunidades reconocidas a los Estados que no sean partes del Estatuto de Roma.⁸⁵ De hecho, considerando el carácter convencional del Estatuto de Roma, no resulta posible despojar de forma unilateral el derecho a la inmunidad personal de los Jefes de Estado de aquellos Estados que no se hayan adherido a dicho Tratado.

Por lo tanto, para que los Estados Parte del Estatuto de Roma puedan cumplir con su obligación de cooperar conforme al Derecho Internacional, éstos deberían contar o con la renuncia del tercer Estado a la inmunidad personal de su Jefe de Estado o, de forma alternativa, esperar hasta que termine el mandato de este último, siendo de aplicación únicamente la inmunidad funcional de la cual, como visto anteriormente, quedan fuera las conductas que se sustancian en la comisión de crímenes internacionales.⁸⁶ Otra solución reside en la posibilidad de una intervención por parte del Consejo de Seguridad, hipótesis que se tiene que descartar en el presente supuesto por ser Rusia uno de los cinco miembros permanentes con derecho a veto.

Sin embargo, de lo dicho hasta aquí, la cuestión adquiere una complejidad diversa al tener en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales. En este sentido, la reciente sentencia de la Sala de Apelaciones sobre el asunto *Al Bashir* parece seguir otro camino.⁸⁷ En dicho caso, la Sala de Apelaciones consideró que la norma que contiene el artículo 27, apartado segundo, del Estatuto de Roma tiene carácter consuetudinario y no solamente convencional.

83 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada el 23 de mayo de 1969; entrada en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331.

84 Art. 98, Estatuto de Roma. Véase también SCHABAS, W., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 1342 ss. Sobre la relación entre el art. 27 y el art. 98 del Estatuto de Roma, véase GAETA, P., “Official Capacity and Immunities”, en CASSESE, A., et al., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2016, pp. 992-996.

85 CRYER, R., op. cit., p. 523.

86 Véase *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, op.cit. Véase también *Blaškić*, op. cit., párr. 41.

87 Sala de Apelaciones, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, de 6 de mayo de 2019 (ICC-02/05-01/09 OA2, 397-Corr).

En virtud de ello, este órgano judicial interpretó que el artículo 98 no representa un obstáculo para Jordania, Estado Parte del Estatuto de Roma, para proceder al arresto de Omar Al-Bashir, ex presidente de Sudan, Estado que no es parte. De hecho, en el párrafo cuarto de la sentencia, la Sala aclaró que, en estos supuestos, el Estado Parte no está procediendo a detener al Jefe de Estado para procesarlo ante sus tribunales nacionales sino sólo está prestando asistencia a la CPI en el ejercicio de su competencia.⁸⁸

Esta sentencia se enmarca en un cuadro jurisprudencial donde se encuentran resoluciones anteriores de la CPI que abarcan la misma cuestión. En particular, cabe recordar el asunto *Malawi* en el cual se cuestiona la no ejecución por Malawi, Estado Parte del Estatuto de Roma, de la orden de detención emitida contra el presidente Al-Bashir durante su visita a Malawi.⁸⁹

La decisión de la CPI se hace eco de lo declarado por el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) en el asunto *Taylor* en el cual el TESL sostuvo que, debido a su carácter de “tribunal internacional”, no se le podía prohibir procesar a los Jefes de Estado, incluso aquellos cuyo mandato no había todavía terminado, siendo la inmunidad *ratione personae* inaplicable dentro de este contexto.⁹⁰ Esta sentencia ha sido objeto de varias críticas en las que, *inter alia*, se reprocha al TESL de haber interpretado de manera extensiva lo que ha sido afirmado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el asunto *Orden de arresto de 11 de abril de 2000*.⁹¹ En este caso, más que permitir hacer caso omiso de la inmunidad personal siempre que un tribunal sea “internacional”, la CIJ se limitó simplemente a señalar la posibilidad de recurrir a los tribunales internacionales dado que, al cumplirse con determinadas condiciones, pueden sobrepasar el obstáculo de la inmunidad *ratione personae*.⁹²

En línea con lo que se ha establecido en el asunto *Taylor*, en *Malawi* se ha afirmado que la inmunidad personal no se aplica ante los tribunales internacionales,⁹³ no representando por lo tanto un obstáculo para los Estados Parte para el ejercicio de sus obligaciones de cooperación, siendo éstos últimos considerados como instrumentos para la aplicación del *ius puniendi* de la Comunidad Internacional.⁹⁴ En efecto, la Sala de Cuestiones Preliminares ha señalado que,

88 *Ibid.*, párr. 4.

89 Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests issued by the Court with respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *op. cit.* Véase también, *inter alia*, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *op. cit.*

90 TESL, Sala de Apelaciones, *Decision on Immunity from Jurisdiction*, de 31 de mayo de 2004, párrs. 51-54 (SCSL-2003-01-1).

91 CIJ, *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)*, *op. cit.*, párr. 61. En cuanto a las críticas, véase, *inter alia*, FRULLI, M., “The Question of Charles Taylor’s Immunity. Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 1118-1129.

92 CRYER, R., *op. cit.*, p. 528.

93 Sala de Cuestiones Preliminares I, *Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure of the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests issued by the Court with respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *op. cit.*, párr. 42.

94 *Ibid.*, párr. 46.

al no ser de aplicación la inmunidad personal, la detención y entrega de un Jefe de Estado de un país que no es parte del Estatuto de Roma no resulta incompatible con el Derecho Internacional ni constituye un delito contra este Estado. En otras palabras, en el asunto *Malawi* se ha reconocido que, al no existir un conflicto entre las obligaciones de los Estados Parte hacia la CPI y sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional consuetudinario, éstos no pueden basarse en el artículo 98.1 del Estatuto para justificar el incumplimiento de su deber de cooperar con la CPI, no siendo esta disposición aplicable en tales circunstancias.⁹⁵

La negación de la inmunidad de un Jefe de Estado ante la CPI en el ejercicio de sus funciones por parte de otro Estado que no es parte del Estatuto de Roma, así como recién afirmado por la Sala de Apelaciones en el asunto *Al-Bashir*, lleva aparejadas algunos problemas que merece la pena destacar. En primer lugar, esta línea interpretativa contribuiría a un sustancial vaciamiento del artículo 98 dado que, en el caso de que se hubiera reconocido al artículo 27 la capacidad de eliminar todas las inmunidades, incluidas las relativas a las relaciones horizontales entre Estados, no habría tenido sentido redactar el artículo 98.1, en el que, por el contrario, con razón se hace hincapié en esta limitación.⁹⁶ El mismo escepticismo se había manifestado anteriormente en relación con el asunto *Malawi* en el cual la pronuncia de la Sala de Cuestiones Preliminares ha sido criticada por no haber tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 98.1 del Estatuto de Roma.⁹⁷ De hecho, avalando la interpretación proporcionada por Malawi, varios doctrinarios han afirmado que los Estados Parte del Estatuto de Roma no están obligados a entregar a la CPI un nacional de un tercer Estado, cuando dicha persona goza de inmunidad en estos países.⁹⁸ Esta interpretación encuentra su base jurídica en el artículo 98.1 del Estatuto cuya finalidad reside precisamente en evitar que sus miembros se encuentren en la situación de tener que hacer frente a obligaciones jurídicas contrapuestas con la CPI y con otros Estados.⁹⁹ En virtud de esto, en el supuesto de que se reconociese un deber para los Estados Parte del Estatuto de Roma de detención y entrega de un Jefe de Estado de un país tercero en el ejercicio de sus funciones, éstos se encontrarían en una situación en la cual deberían elegir entre qué obligación cumplir y cuál incumplir, ocasionando en todo caso la activación del régimen relativo a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.¹⁰⁰

En segundo lugar, en el caso de que se reconociera el valor consuetudinario de la norma contenida en el artículo 27 del Estatuto de Roma, nos enfrentaríamos ante una situación paradó-

95 *Ibid.*, párr. 43. Véase también, MAGLIVERASA, K., NALDI, G., “The ICC Addresses Non-Cooperation by States Parties: The Malawi Decision”, *op. cit.*, p. 149.

96 JACOBS, D., “You have just entered Narnia: ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case”, *Spreading the Jam*, 6 de mayo de 2019. Véase: <https://dovjacobs.com/2019/05/06/you-have-just-entered-narnia-icc-appeals-chamber-adopts-the-worst-possible-solution-on-immunities-in-the-bashir-case/> (última consulta efectuada el 23 de octubre de 2023).

97 Véase, *inter alia*, TLADI, D., “The ICC Decisions on Chad Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, pp. 199-221.

98 SCHABAS, W., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2020, pp. 66-68.

99 AKANDE, D., “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 407-433, p. 421.

100 MINERVINI, G., “Considerazioni critiche sulla responsabilità di comando del Presidente Putin per i crimini internazionali in Ucraina”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 4, 2022, pp. 1125-1134, p. 1134.

jica. Por un lado, las autoridades nacionales deberían, como regla general, tener en cuenta la inmunidad *ratione personae* de los Jefes de Estado no pudiendo por sí solas proceder al arresto de estos individuos. Por otro lado, sin embargo, dichas autoridades podrían pasar por encima del obstáculo de la inmunidad y proceder al arresto de un Jefe de Estado en el ejercicio de sus funciones en los supuestos en los que la solicitud proviniese de la CPI.¹⁰¹

Por lo tanto, resulta demasiado simplista eludir el obstáculo de la inmunidad personal basándose en el carácter “internacional” atribuido a los tribunales internacionales.¹⁰² En efecto, si bien a partir del asunto *Taylor* se ha afirmado por algunos doctrinarios que los tribunales internacionales mantienen una relación vertical con los Estados, situándose jerárquicamente por encima de éstos y, en consecuencia, no siendo sujetos a sus mismas restricciones,¹⁰³ es oportuno afirmar que los mismos tribunales internacionales adquieren esta condición siempre y cuando los Estados, mediante tratados u otros medios, le confieren tal carácter.¹⁰⁴ Entonces, siendo una “creación” de los Estados, éstos no pueden conferir a los tribunales internacionales poderes que ellos mismos no poseen, como hacer caso omiso a la obligación de respetar la inmunidad personal de los Jefes de Estado de países terceros, a no ser que estos países hayan previamente renunciado a la inmunidad o haya intervenido el Consejo de Seguridad actuando bajo el capítulo VII de la Carta ONU. A tenor de lo antedicho, no es tanto el carácter internacional de la CPI, sino más la aplicación de otros instrumentos, como la renuncia a la inmunidad o la intervención por parte del Consejo de Seguridad, que permiten levantar el velo de la inmunidad *ratione personae* de un Jefe de Estado de un tercer país ante este Tribunal.¹⁰⁵

Debido a las problemáticas relacionadas con la decisión *Al Bashir*, y, más específicamente, respecto de la cuestión relativa a la posibilidad de conciliar la obligación de detención y entrega con la inmunidad *ratione personae* de los Jefes de Estado de terceros Estados, todavía no resulta posible levantar el velo de la inmunidad ante la CPI de un Jefe de Estado de un tercer país en ejercicio de sus funciones. De esto se desprende la potencial incapacidad de Ucrania, así como de los 123 Estados Parte del Estatuto de Roma, de cumplir con la orden de detención y entrega de Vladimir Putin emanada por la CPI.

V. CONCLUSIONES

La comisión de los crímenes internacionales cometidos en Ucrania tras la invasión no provocada e injustificada de la Federación Rusa representa una oportunidad para la CPI para consolidar su papel central en su actividad de enjuiciamiento de los crímenes internacionales.

101 *Ibid.*

102 CRYER, R., *op. cit.*, p. 528.

103 GAETA, P., “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol.7, 2009, pp. 315-332, pp. 320-322.

104 Sala de Apelaciones, Opinión concurrente de los jueces Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański y Bossa, de 6 de mayo de 2019, párr. 56 (ICC-02/05-01/09-397-Anx1).

105 KING, H., “Immunities and Bilateral Agreements: Issues Arising from Articles 27 and 98 of the Rome Statute”, *New Zealand Journal of Public and International Law*, vol. 4, 2006, pp. 269-310.

Sin embargo, como he evidenciado a lo largo del presente trabajo, la actividad de la CPI está sujeta a algunas limitaciones estructurales y funcionales.

Un primer factor de limitación se encuentra en el principio de complementariedad, en virtud del cual, la CPI tiene que verse como un tribunal internacional permanente instituido para complementar y no suplantar las jurisdicciones nacionales, que podrá ejercer su jurisdicción solamente en los supuestos en los que no estén investigando o se hayan previamente pronunciado las autoridades nacionales, salvo los casos en los que éstas no estén dispuestas a llevar a cabo las investigaciones o los enjuiciamientos o no puedan realmente hacerlo.

En segundo lugar, respecto a la atribución y activación de la competencia de la CPI, se ha podido constatar que, si bien mediante las dos declaraciones emitidas por Ucrania bajo el artículo 12.3 del Estatuto de Roma se ha podido atribuir a la CPI la competencia para investigar y enjuiciar sobre los crímenes internacionales cometidos en su contra a partir de 21 de noviembre de 2013, del ámbito material de la competencia de la CPI queda excluido el crimen de agresión, a no ser que la situación sea remitida a la CPI por parte del Consejo de Seguridad, algo impracticable tras considerar la posibilidad por parte de la Federación Rusa de bloquear eventuales propuestas de resoluciones mediante su derecho de veto.

En este contexto, los Estados juegan un papel fundamental para sobrepasar los límites de la CPI. En efecto, respecto al ejercicio de la jurisdicción de la CPI, el hecho de que ésta haya sido activada a instancia de 39 Estados Parte, además de interpretarse como un reconocimiento explícito por parte de los Estados de la legitimidad de las actuaciones de la CPI encaminadas hacia la lucha contra la impunidad, tiene que leerse asimismo como un recurso que permite agilizar la fase de investigación, no siendo necesaria una autorización previa por la Sala de Cuestiones Preliminares, permitiendo por lo tanto evitar todos los efectos negativos que pudieran derivarse de una demora de las actuaciones.

Para hacer frente a la situación de carácter excepcional ucraniana y, tras reconocer las dificultades en tema de obtención de pruebas en este contexto, ha sido necesario poner en marcha unos mecanismos de cooperación en los que, además de los Estados, resultan significativas las aportaciones ofrecidas tanto por los individuos como por las agencias especializadas. Bajo este enfoque, en relación con los mecanismos de cooperación entre la CPI y *Eurojust*, la puesta en marcha de la *Core International Crimes Evidence Database*, resultado de la reciente enmienda del *Reglamento Eurojust*, podría permitir a la CPI, a pesar de gozar de máxima discrecionalidad a la hora de valorar la pertinencia o admisibilidad de la prueba, de beneficiarse del aporte proporcionado por la tarea de preservación, análisis y almacenamiento de pruebas relacionadas con la comisión de crímenes internacionales llevada a cabo por *Eurojust*. Igualmente, el mismo beneficio podría derivarse de la participación de la Fiscalía de la CPI al JIT relativo a la situación de Ucrania, teniendo sin embargo en cuenta su voluntad de no ser mero receptor de informaciones sino también de participar activamente para conseguir la realización efectiva de procedimientos nacionales dirigidos a enjuiciar a los responsables de los crímenes internacionales cometidos en territorio ucraniano.

En relación con los mecanismos de cooperación, en el presente trabajo se ha puesto el acento sobre la obligación de los Estados Parte de detención y entrega de las personas frente a las cuales se ha emanado una orden de detención por la CPI. En el contexto actual esta obligación

adquiere especial relevancia puesto que, en virtud de la orden de detención emitida el 17 de marzo de 2023 por la CPI contra, *inter alia*, el presidente de la Federación Rusa Vladimir Putin, su cumplimiento pondría una fuerte limitación a la libertad de movimiento de Putin ya que su estancia en Ucrania o en uno de los 123 países miembros del Estatuto de Roma podría conllevar su arresto operado por parte de las autoridades de estos Estados. Sin embargo, al beneficiarse de la inmunidad *ratione personae* reconocida a los Jefes de Estado y, al no ser Rusia parte del Estatuto de Roma y, por lo tanto, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto, la obligación de entrega de Putin podría sufrir de algunas limitaciones.

En efecto, si bien en la reciente sentencia de la Sala de Apelación sobre el asunto *Al Bashir* se haya reconocido el carácter consuetudinario del artículo 27 del Estatuto de Roma, a día de hoy no resulta posible levantar de forma unilateral el obstáculo de la inmunidad personal de los Jefes de Estado de aquellas naciones que no se hayan adherido al Estatuto de Roma.

Sin embargo, lo que sí es cierto es que la situación de Ucrania ha revitalizado el papel central llevado a cabo por la CPI en tema de persecución de los principales responsables de las atrocidades cometidas en Ucrania. A pesar de los límites estructurales y funcionales de la CPI, cabe destacar que esta persecución podrá ser efectiva únicamente mediante la colaboración y participación de individuos, agencias especializadas y Estados, siendo además estos últimos obligados a cooperar con la CPI tanto conforme a las disposiciones establecidas en el Estatuto de Roma como en virtud de su deber general de utilizar todos los medios a su disposición para poner fin a la comisión de los crímenes internacionales.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA AGENDA MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD EN AFGANISTÁN: LUCES EN LA OSCURIDAD

HUMAN RIGHTS AND THE WOMEN, PEACE AND SECURITY AGENDA IN AFGHANISTAN: LIGHTS IN THE DARKNESS

*¡En la ciudad de la ira y el derramamiento de sangre, la vida continúa!
¡No nos vamos porque nuestra vida está aquí!
¡Aunque le cerramos la puerta en la cara, todavía está del otro lado de la puerta!*
Poema anónimo, Club de lectura online, Afganistán¹.

MARÍA AVELLO MARTÍNEZ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTO POLÍTICO-JURÍDICO. III. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA AGENDA MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD EN AFGANISTÁN: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU SEGUIMIENTO. IV. LOS ACTORES DE LA AGENDA MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD: UN PAPEL DESIGUAL. V. LA SITUACIÓN ACTUAL Y LOS RETOS PRESENTES Y FUTUROS. VI. CONCLUSIONES

RESUMEN: Afganistán ha pasado de ser un Estado democrático en vías de desarrollo a estar controlado por los talibanes, tras la salida abrupta de Estados Unidos en agosto de 2021. Las consecuencias inmediatas de la falta de resistencia del ejército afgano a la ocupación del territorio y de las instituciones por parte de este grupo ha tenido un impacto significativo en la población civil, pero especialmente en las mujeres y las niñas. Este artículo utiliza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un indicador del seguimiento de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad de las Naciones Unidas. Para ello se parte de las actuaciones para implementar dicha Agenda realizadas por los agentes principales de su desarrollo: la OTAN, a través de la ISAF, la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas (UNAMA) y, por último, el estado afgano. En base a este análisis, se trata de sintetizar la situación de la Agenda hasta el año 2021 (nuevo gobierno talibán) y sus retos presentes y futuros. Finalmente, se muestran unas breves conclusiones sobre cómo la intervención internacional ha contribuido a que la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad pudiera llevarse a la práctica y cuál habría de ser su papel en el Afganistán actual.

ABSTRACT: Afghanistan has gone from being a democratic developing state to being controlled by the Taliban, following the abrupt departure of the United States in August 2021. The immediate consequences of the lack

Fecha de recepción del trabajo: 16 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de diciembre de 2023.

* Profesora Ayudante Doctora. Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Facultad de Derecho. Universidad de Oviedo (Asturias). maria.avello.m@uniovi.es. El presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto Proyecto PID 2021-123452OB-I00, “Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE), en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

1 NADER, Z., “A fight to keep hope alive: How are Afghan women resisting?”, 7 marzo 2023, <https://zantimes.com/2023/03/07/a-fight-to-keep-hope-alive-how-are-afghan-women-resisting/>, consultado en marzo 2023.

of resistance by the Afghan army to the occupation of the territory and the institutions by this group has had a significant impact on the civilian population, but especially on women and girls. This article uses the International Human Rights Law as an indicator to analyze the situation of the United Nations Women, Peace and Security Agenda. This is based on the actions to implement this Agenda carried out by the main agents of its development: NATO, through ISAF, the United Nations Assistance Mission, (UNAMA) and last the Afghan state. Based on this analysis, the article intends to synthesize the Agenda situation until 2021 (new Taliban government) and its present and future challenges. Finally, some brief conclusions are shown on how international intervention has contributed to the Women, Peace and Security Agenda being put into practice and what could be its future role in the post-Taliban Afghanistan.

PALABRAS CLAVE: Afganistán, Agenda Mujeres, Paz y seguridad, derechos humanos, género, postconflicto

KEYWORDS: *Afghanistan, Women, Peace and Security Agenda, human rights, gender, postconflict*

I. INTRODUCCIÓN

Afganistán como territorio humano y político vive inmerso en una cultura patriarcal que define los roles y derechos de mujeres y hombres y esto puede aplicarse a muchos otros Estados. Lo que convierte a Afganistán en un Estado casi único en el mundo es la rápida involución que ha experimentado la situación de las mujeres y las niñas afganas tras la retirada definitiva de las fuerzas estadounidenses del país y la llegada del gobierno talibán en agosto de 2021. Entre 2001 y 2021 el Estado afgano pudo poner en marcha reformas que permitieron dejar atrás las restricciones de los derechos humanos de las mujeres y de las niñas afganas padecidas desde hacía décadas. Estos avances han sido conculcados por el actual gobierno *de facto* talibán. Este trabajo trata de reflejar el desarrollo de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad en Afganistán durante ese periodo, 2001-2021, además de poner de relieve los retos actuales, teniendo en cuenta que la Agenda fue consolidándose de forma pareja a la intervención internacional.

La Resolución CSNNUU 1325² (2000) sentó las bases de las siguientes nueve resoluciones³ que componen la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, que se dirigen no sólo a los Estados como posibles actores, sino que también incluyen a las fuerzas armadas y a la sociedad civil, como responsables de su puesta en práctica. La Resolución CSNNUU 1325 combina varias cuestiones que afectan al género y a los conflictos, así como a su solución, afirmándose en ella el mayor y más grave impacto que estos tienen sobre las mujeres y las niñas, así como la necesidad de que las mujeres detenten un rol activo en los procesos de construcción de la paz⁴. Además, la Agenda incorpora aspectos relacionados con el Derecho Internacional de los

2 NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD, Resolución 1325, S/RES/1325 (2000), 31 octubre 2000.

3 Para una lista detallada de las 10 resoluciones que componen esta Agenda, se puede consultar ONU MUJERES, “Las mujeres, la paz y la seguridad”, <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/peace-and-security>, consultada en noviembre 2023.

4 PÉREZ VILLALOBOS, M^a., “Los asesores militares de género y de protección de la infancia en los conflictos armados”, *Revista Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Número 2/2013.

Derechos Humanos y con el Derecho Internacional Humanitario, aunándolos⁵ de manera que pueden ser instrumentales para la consecución de los propósitos de la Agenda.

El objetivo de este estudio es el de analizar de qué forma se materializó esta Agenda *en formación* en el territorio de Afganistán a partir de la intervención internacional y qué ha sucedido desde el año 2021 de su finalización, apuntando los retos a las que se enfrenta en la actualidad. Para ello, utilizaremos dos elementos: 1) los derechos humanos presentes en los tratados internacionales ratificados por Afganistán, así como las resoluciones e informes de otros órganos de las Naciones Unidas y 2) las actuaciones llevadas a cabo por parte de algunos de los actores más relevantes a los que se dirige la Agenda, refiriéndonos a las fuerzas armadas internacionales bajo el paraguas de la OTAN, a la misión de asistencia de las Naciones Unidas (UNAMA) y al estado afgano.

Para ello, este trabajo realizará primeramente (II) un esbozo de los antecedentes históricos en los que se inserta la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, dado que la participación de las mujeres y las niñas en la vida política y social afgana no comenzó con la intervención internacional. En las secciones tercera (III) y (IV) estableceremos las bases formales de nuestro análisis en relación con los derechos humanos, que pueden servir como barómetro de la situación de las mujeres y niñas en Afganistán en relación con la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad hasta el año 2021, fecha de llegada del nuevo gobierno talibán *de facto*. En ellas trataremos de ver de qué forma las cuatro vertientes principales de las 10 resoluciones, que componen la Agenda, partiendo de la Resolución CSNNUU 1325 inicial, se han podido plasmar en Afganistán. Nos referimos a: 1) el papel de las mujeres en la prevención de conflictos, 2) la participación de las mujeres en la consolidación de la paz, 3) la protección de los derechos de las mujeres y las niñas durante y después de un conflicto y 4) las necesidades específicas de las mujeres durante la repatriación y el reasentamiento y para la rehabilitación, la reintegración y la reconstrucción posconflicto. De ellas, nos referiremos principalmente a la participación y a la protección de los derechos de las mujeres y de las niñas. Posteriormente, en la sección V, nos centraremos en el análisis de la situación actual, a partir del año 2021, tratando de identificar los retos que presenta la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, para terminar con unas breves conclusiones (VI).

II. CONTEXTO POLÍTICO-JURÍDICO

A principios del siglo XX Afganistán experimentó un periodo de apertura y, a pesar de que hubo una vuelta atrás por las protestas de los clérigos, tras la Segunda Guerra Mundial, el país dispuso de una Constitución en el año 1964 que otorgaba derechos fundamentales e igualdad a las mujeres, especialmente el sufragio universal, poder aparecer sin velo en público, pertenecer a la administración pública, acceder al empleo y a la educación⁶. Sin embargo, esto principalmente afectó a las mujeres de clases altas y en las zonas urbanas. No obstante, desde

5 BULDUK, C., *Women, Peace and Security. An Agenda for the Human Rights Council*. Working Paper 9/2019. Geneva: Gender Centre, The Graduate Institute of International and Development Studies, 22 pp.

6 Constitución de Afganistán, 1964.

su promulgación y hasta el golpe de Estado y posterior invasión soviética en 1979, se conoce a este periodo (1964-1974) como la época dorada del país.

Esta situación fue alterada, aunque solo parcialmente, tras la ocupación soviética de Afganistán. Durante la Guerra Fría, este país fue un territorio donde se disputaba la política de las grandes potencias, Estados Unidos y la Unión Soviética. El régimen de corte comunista⁷ trató de anular todo vestigio de discriminación legal contra la mujer y extender reformas en principio favorables a la igualdad en todo el territorio afgano⁸. En este contexto el Estado afgano se adhirió a los tratados internacionales de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹ y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1983¹⁰. No obstante, la actividad de monitoreo y de seguimiento del cumplimiento de los tratados en los años 80 y hasta finales de los 90 era muy escasa¹¹. Por ello, no resulta evidente llegar a una conclusión sobre los derechos de las mujeres, más allá del derecho a la igualdad y no discriminación que establecía su Constitución. Pero sí se puede constatar que las zonas rurales expresaron su rechazo a este avance y lucharon de manera constante contra el régimen comunista a través de los muyahidines, alentados por los Estados Unidos. Esa división entre el territorio rural y el urbano del Estado afgano, seguía pesando enormemente a la hora de lograr avances efectivos en los derechos de las mujeres¹².

Además, nunca se pretendió realizar una reforma estratégica y a largo plazo que sirviera para lograr una igualdad efectiva; se incluían más derechos para las mujeres en el texto constitucional y en algunas leyes —como hemos apuntado— aunque estas reformas legislativas no dejaron de ser más que un maquillaje que ocultaba la situación real de discriminación.¹³ Los soviéticos estuvieron en permanente guerra contra los muyahidines¹⁴, alentados estos por los

7 La República de Afganistán tuvo lugar entre 1978 y 1992.

8 SULTANA, R., & AZMATULLAH. (2015). “Communist Rule in Afghanistan: Weakening Pashtun Power and Exacerbating Ethnic Conflict”. *Pakistan Horizon*, 68(3/4), pp. 25–49. <http://www.jstor.org/stable/44988237>, consultada en noviembre 2023.

9 UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, STATUS OF TREATIES https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en, consultada en noviembre 2023.

10 UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, STATUS OF TREATIES, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en#EndDec, consultada en noviembre 2023.

11 Se pueden consultar los informes relativos al Comité de Derechos Humanos: *Second periodic report of the Republic of Afghanistan on the realization of the rights contained in parts I, II and III of the International Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR/C/57/Add.5, 11 March 1992.

12 Ibidem.

13 SAMAR, S., “Feminism, peace and Afghanistan”, *Journal of international affairs* (New York), 07/2019, Volume 72, Issue 2, pp.4

14 La resistencia frente a la invasión soviética fue constante y alentada en parte por los EEUU en un escenario de Guerra Fría. Entre los líderes reconocidos de esa resistencia afgana se encontraba un líder de la minoría tadjik, Ahmed Shah Massoud, cuyo hijo parece encontrarse hoy en día al frente de la posible respuesta armada contra el recién instaurado gobierno talibán en Afganistán. PUTZ, C., “Ahmad Shah Massoud: An Afghan Napoleon”, *The Diplomat*, 29 septiembre 2021, <https://thediplomat.com/2021/09/ahmad-shah-massoud-an-afghan-napoleon/>, consultada en julio 2023.

También, sobre esta situación y la sensación de que la historia se repite en cuanto a luchas tribales apoyadas por potencias extranjeras, Carlotta Gall y Adam Nossiter, “Budding Resistance to the Taliban Faces

Estados Unidos y otras potencias occidentales. La consecuencia directa de este Estado de guerra permanente fue el elevado número de muertos. Las cifras siempre son discutibles, pero se calcula que entre 600.000 y un millón de civiles fallecieron en el conflicto, tanto contra los soviéticos como en luchas internas; los huérfanos fueron educados en escuelas islámicas (*madradas*) en Pakistán. De ahí surgieron los primeros talibanes, ya que su nombre procede del término árabe *Talib*, estudiante¹⁵, muchos de ellos huérfanos de ese sangriento conflicto.

La imposibilidad de controlar el territorio y el cambio político en Rusia y en el mundo con el final de la Guerra Fría, motivó la retirada soviética en 1989, sumiéndose de nuevo el país en una guerra civil entre las tropas del Estado y los muyahidines; al carecer del apoyo soviético, no fue posible que el gobierno pudiera sobrevivir y se proclamó finalmente la República Islámica de Afganistán en 1992 que no duró mucho tiempo, dada la incapacidad de controlar el territorio por parte de los muyahidines. Sin embargo, antes de que el país cayera inmerso en una guerra civil, el gobierno había logrado presentar el primer informe al Comité contra la Tortura, donde se establecía que *los actuales dirigentes del Afganistán respetarían todas las convenciones de las que el país era Parte*¹⁶, mostrando un esfuerzo por respetar la legalidad internacional sobre derechos humanos vigente, de una forma continuista en relación con el anterior gobierno soviético. El Comité realizó las pertinentes recomendaciones¹⁷ al hilo de los artículos de la Convención, poniendo de relieve, entre otras, las prácticas de ahorcamiento y de lapidación en caso de adulterio y la necesidad de que el gobierno presentara un nuevo informe, dadas las deficiencias en la redacción del primero. No obstante, este gobierno de unidad nacional, entre 1992 y 1996, con el presidente Rabbani al mando, no tuvo un mandato estable¹⁸; por ello, no pudo continuar con el desarrollo de la agenda de derechos humanos marcada por los pactos internacionales.

El desorden existente tanto en las ciudades como en las zonas rurales fue aprovechado por los talibanes para controlar el territorio. Su primer líder procede de los antiguos muyahidines y son un grupo más puritano e integrista que, finalmente, se instauró en el poder en 1996¹⁹ hasta el año 2000, fecha de la intervención armada por parte de algunos miembros de la OTAN; su gobierno no mejoró en absoluto esta situación de conflicto y de discriminación de las mujeres

Long Odds”, *The New York Times*, 25 agosto 2021, actualizado 17 septiembre 2021, <https://www.nytimes.com/2021/08/25/world/asia/panjshir-valley-ahmad-massoud.html>, consultada en octubre 2023.

15 ENCICLOPEDIA BRITÁNICA, Definición de talibán, <https://www.britannica.com/topic/Taliban>, consultada en octubre 2023.

16 AFGHANISTAN, *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: initial reports of States parties due in 1988: Afghanistan*, CAT/C/5/Add.31., 14 pp, párr. 59.

17 ASAMBLEA GENERAL, DOCUMENTOS OFICIALES: CUADRAGESIMO OCTAVO PERIODO DE SESIONES, COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Informe de Afganistán*, suplemento No. 44 (A/48/44), 24 junio 1993, 93 pp., párrs. 50-62.

18 Para una visión en profundidad de lo sucedido políticamente en este periodo de gran complejidad política se puede consultar a BERENGUER LÓPEZ, F.: “La polarización política de la sociedad afgana y su fracaso democrático (1973-2001)”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 3, No. 1 (2017), pp. 81-101.

19 <https://www.britannica.com/event/Afghan-War>, consultada en octubre 2021.

y las niñas²⁰. El líder talibán Mohammad Omar rechazaba el contacto con la comunidad internacional, y estableció estructuras de poder opacas²¹. Omar formó un consejo rector de seis miembros en Kabul que gobernaba mediante edictos, siendo las máximas autoridades para el gobierno de los talibanes la llamada *Shura* o Consejo interno, ubicado en la ciudad de Kandahar, y él mismo. Se restableció el orden en las áreas dominadas por los talibanes, desarmando a los comandantes locales e instituyendo castigos severos por los delitos. No existían apenas instituciones civiles²², aunque es relevante destacar la creación del llamado Ministerio para la Promoción de la Virtud y la Prevención del Vicio, el cual interpretaba la *sharia* o ley islámica de forma absolutamente conservadora y patriarcal, negando a las mujeres y las niñas el acceso a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado afgano con anterioridad. No es el objeto de este trabajo analizar este primer régimen talibán, pero fue calificado como uno de los más restrictivos en materia de derechos humanos de las mujeres y de las niñas por la comunidad internacional en su conjunto²³.

20 Para una sinopsis sobre las doctrinas que se enfrentan en el islamismo actual, ver ÁLVAREZ-OSSORIO, I., “Guerra Fría y choque de islamismos en Oriente Medio”, en XIV Congreso Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración, “Ciencia Política en la Nueva Política”, Universidad de Salamanca, 10-12 julio 2019, 14 pp., <https://www.aecpa.es/es-es/guerra-fria-y-choque-de-islamismos-en-oriente-medio/congress-papers/2628/>.

Los talibanes se impusieron en la guerra civil contra los muyahidines, en parte por el apoyo prestado por parte de la inteligencia pakistaní, lugar donde se formaron, dado que Pakistán estaba interesado en que Afganistán fuera un territorio estabilizado y una ruta comercial segura, dada su situación estratégica en Asia. También recibieron el aval de los Estados del Golfo, principalmente de Arabia Saudí, que veía en ellos una manera de aumentar la influencia de la doctrina wahabista del islam, defensora de una interpretación de la ley islámica, *sharía*, que abogaba por una restricción de los derechos humanos de las mujeres y las niñas mediante su alejamiento del espacio público o su *quasi* invisibilidad en él. Además, también obtuvieron ingresos derivados del opio —aunque estos lo niegan— y mediante las imposiciones múltiples de impuestos a las poblaciones en las áreas bajo su control.

21 ORTÍZ DE ZARATE, R., “Biografía de Mohammad Omar”, *CIDOB*, https://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/asia/afghanistan/mohammad_omar, consultada en enero 2023.

22 USA Department of State, *Afghanistan Report on Human Rights Practices for 1996*, 30 January 1997. <https://reliefweb.int/report/afghanistan/afghanistan-report-human-rights-practices-1996>, consultado en enero 2023.

23 Para una más amplia referencia a las vulneraciones de los derechos humanos de las mujeres y de las niñas en Afganistán hay una gran variedad de fuentes. No es el objeto de este trabajo abordar este tema, sino que sirva de contexto para el estudio posterior de la Agenda de Mujer, Paz y Seguridad en el país. Algunos de los derechos vulnerados son: —el derecho a la libertad de movimiento, dado que las mujeres y niñas de Afganistán tenían prohibida la salida a espacios públicos sin estar acompañadas por un hombre. Los efectos de esta privación se observaron en los demás ámbitos relevantes de la vida —la educación, la salud, el trabajo, el ocio— dado que quedaron absolutamente limitados en muchas ocasiones. A modo de ejemplo mostramos los más relevantes: el derecho a la educación, puesto que los talibanes prohibieron el acceso a la educación a todas las mujeres/niñas, con la excepción de la escuela primaria elemental hasta los ocho años, siendo la única materia de aprendizaje el Corán. No tenían acceso a la educación primaria, secundaria o superior, cuando así había sido durante la anterior etapa. Además, si una niña/mujer tuviera libros y los utilizara, sería posible imponer un castigo, que implicaba golpes y torturas físicas; el derecho al trabajo, siendo uno de los primeros derechos que se prohibieron junto al derecho a la educación.; esta prohibición tuvo un gran impacto en relación con el derecho a la salud, también vulnerado, dado que no podían ser atendidas por hombres, lo que impedía el acceso a personal médico en amplias zonas del Estado. El personal de enfermería del estado afgano, fundamentalmente femenino, también vio muy restringida su capacidad de trabajar, dejando a miles de mujeres desprotegidas. Esta situación se ve reflejada claramente a

En octubre de 2001 tuvo lugar la intervención armada americana y la subsiguiente caída del gobierno talibán de Kabul, poco después de tras los atentados a las Torres Gemelas de Nueva York; en diciembre del mismo año, se firmaron los Acuerdos de Bonn entre los Estados Unidos y el gobierno talibán, auspiciados por las Naciones Unidas. En base a ellos, se desplegaría la llamada *International Security Assistance Force*²⁴ o Fuerza internacional de asistencia para la seguridad (ISAF, siglas en inglés), en principio sólo en los alrededores de Kabul y posteriormente, con las ampliaciones sucesivas de su mandato, ya a todo el territorio.

III. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA AGENDA MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD EN AFGANISTÁN: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU SEGUIMIENTO

La Agenda Mujeres, Paz y Seguridad es un conjunto de diez resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad a partir de la Resolución CSNNUU 1325 (2000) que sitúan las cuestiones de género en el epicentro de la paz y de la seguridad. A ella se llegó por varias causas, entre las que apuntamos, por un lado, un momento político adecuado al cumplirse los cinco años de la revisión de los acuerdos de Pekín²⁵; por otro, un momento social, que había permitido incorporar los fallos de la comunidad internacional en la protección de la población civil en los

través de las Observaciones que llevó a cabo el Comité responsable del seguimiento del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, de 1958, que Afganistán ratificó en el año 1969. Según sus apreciaciones, basadas en la denuncia planteada por la Confederación Internacional de Sindicatos, el control férreo sobre las mujeres que ejerce el régimen talibán en la mayor parte del país impide que puedan incluso garantizar su subsistencia (se calculaba en 1998 que había más de 700000 viudas debido a los sucesivos conflictos); el derecho a la participación política, es también inexistente; el derecho a la integridad física y a la dignidad, fue también vulnerado, imponiendo severos castigos ante cualquier situación que pudiera contradecir los nuevos estándares islámicos. También resulta de interés tener en cuenta que Afganistán había ratificado en el año 1969 el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo. OBSERVACIÓN (CEACR) – Adopción: 1997, Publicación: 86ª reunión CIT (1998) Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:2161572,en, consultada en marzo 2023.

Sobre las mujeres afganas, es de interés a efectos culturales y también políticos el libro de RUIZ ARÉVALO, J., *Afganas*, Universidad de Granada, 2023, 248 pp.; también sobre la situación a partir de 2021 ver YOUSUFI, F., “The Prospect of Women’s Rights in the Post-Taliban-Government Peace Agreement”, *Journal of International Women’s Studies*, 22(9), pp:1-18, 2021. <https://vc.bridgew.edu/jiws/vol22/iss9/1>, consultada en octubre 2022. Asimismo, HUMAN RIGHTS WATCH, AFGHANISTAN, “Humanity denied. Systematic Violations of Women’s Rights in Afghanistan”, Vol. 13, No. 5 (C), October 2021, 26 pp.

24 NATO, “ISAF’s mission in Afghanistan (2001-2014)”, https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_69366.htm, consultada en noviembre 2023. Y también en <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2009/10/security-council-authorizes-international-security-force-afghanistan>, consultada en octubre 2023.

25 Los Acuerdos de Pekín fueron adoptados en el seno de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, China que fue “la más importante de las cuatro conferencias sobre la mujer celebradas entre 1975 y 1995, porque se basó en los acuerdos políticos alcanzados en las tres conferencias mundiales sobre la mujer celebradas anteriormente y consolidó cinco decenios de avances jurídicos dirigidos a garantizar la igualdad de las mujeres y los hombres tanto en las leyes como en la práctica. Logró una asistencia sin precedentes: 17 000 participantes y 30 000 activistas”.

conflictos de Ruanda y la ex Yugoslavia, y que motivó a la sociedad civil organizada para poder llevar las cuestiones de género hasta el Consejo de Seguridad. De esta forma se consiguió que este órgano de las Naciones Unidas decidiera formalmente por primera vez en su historia²⁶ sobre cuestiones de género, reflejándolas en una Resolución CSNNUU que principalmente afirmó tres aspectos: 1) el impacto diferenciado de los conflictos sobre hombres y mujeres, y 2) el rol de las mujeres en la construcción y 3) el mantenimiento de la paz²⁷.

Son más de 20 años los que han transcurrido desde la Resolución CSNNUU 1325 (2000) que configuró los cuatro pilares principales de acción en los que sería preciso avanzar en los temas de género, paz y seguridad. Estos serían en la participación, la protección, la prevención y la asistencia humanitaria²⁸. En este sentido, en el primer párrafo de la Resolución CSNNUU se hace referencia genérica a la necesidad de que los gobiernos aumenten la representación de la mujer en todos los niveles relacionados con la prevención, gestión y solución de conflictos. Esta era sin duda uno de los principales objetivos de esta Resolución CSNNUU: conseguir mejorar la exclusión de las mujeres del proceso de toma de decisiones y de actividades dentro de la esfera del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas²⁹. Pero, no es éste el interés principal de nuestro análisis, sino como bien afirma SHEPHERD, situar la Agenda no sólo en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sino también en el terreno, cerca de las realidades que quiere transformar³⁰. Trataremos de abordar si se han tenido en cuenta las prioridades de la Agenda principalmente en materia de participación y de protección de las mujeres y de las niñas afganas, centrándonos en las cuestiones de acceso a los derechos humanos y de protección de la violencia sexual derivada del conflicto. Son los aspectos en los que será posible realizar un seguimiento sistemático.

Una de las primeras dificultades que nos encontramos a la hora de realizar el análisis del cumplimiento de la Agenda procede de su dispersión en cuanto a objetivos y actores a los que se dirige. No existe un órgano ni una tabla de objetivos e indicadores que permitan el monitoreo y la evaluación de su aplicación³¹ por parte de los distintos agentes implicados en él —Esta-

El resultado de la conferencia fueron la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, adoptada de forma unánime por 189 países, que forman un programa en favor del empoderamiento de la mujer en una variedad de ámbitos.

<https://www.un.org/es/conferences/women/beijing1995>, consultada en noviembre 2023.

- 26 FLOREA HUDSON, N., “En-Gendering UN Peacekeeping Operations”, *International Journal*, 07/2005, volumen 60, nº. 3.
- 27 HUDSON, H., “La violencia de la construcción de la paz neoliberal en África: analizando sus “Trampas” a través de una lente de género”, *Relaciones Internacionales*, núm. 16, febrero de 2011 GERI – UAM.
- 28 COHN, C., KINSELLA H. and GIBBINS, “Women, Peace and Security”, *International Feminist Journal of Politics*, 130, 2004.
- 29 O’ROURKE C. and SWAINE A.; “CEDAW and the Security Council: Enhancing women’s rights in conflict”, *International and Comparative Law Journal*, vol. 67, January 2018, pp. 167-199.
- 30 SHEPHERD, L., “Situating Women, Peace and Security: theorizing from the “local”, *International Feminist Journal of Politics*, 22:4, pp. 456-461, 2020.
- 31 Este aspecto ha sido puesto de relieve, a modo de ejemplo, en el Informe del Secretario General sobre “La Mujer, la paz y la seguridad”, S/2009/46516 de septiembre de 2009, párr. 72. “Habida cuenta de la novedad y el alcance de la resolución 1325 (2000), la falta de un mecanismo de presentación de informes y supervisión semejante al mecanismo establecido para vigilar la aplicación de la resolución 1612 (2005) relativa a los niños y los conflictos armados, ha resultado una desventaja importante. Hace falta contar con

dos, fuerzas armadas en situaciones de conflicto y postconflicto o la comunidad internacional además de la sociedad civil organizada. Otras temáticas que precisan un seguimiento por parte del Consejo de Seguridad sí están dotadas de comités que realizan esta tarea, como el Comité de Sanciones, a modo de ejemplo³². La naturaleza normativa pero no directamente vinculante de las resoluciones que configuran la Agenda puede ser una de las causas de que no exista este tipo de órgano.

Es por ello por lo que para focalizar los posibles retos derivados de la Resolución CSNNUU 1325 (2000) y las nueve siguientes hemos recurrido a dos fuentes principales que pueden contribuir a analizar el papel de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, sin duda poco presente en los primeros años de intervención internacional, teniendo en cuenta su corta existencia. Nos referimos 1) a las resoluciones e informes de órganos de las Naciones Unidas, destacando, por un lado, los informes anuales del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad y, por otro, el sistema de monitoreo de la violencia sexual derivada del conflicto mediante la Representante Especial sobre la violencia sexual en los conflictos ; y 2) a los derechos humanos derivados de los tratados internacionales ratificados por Afganistán, el sistema universal de seguimiento en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³³.

1. El papel del Secretario General y de su Representante Especial sobre la violencia sexual en los conflictos

En esta sección se analizarán los informes anuales del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el seguimiento de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad en respuesta a la petición del párrafo 16 de la Resolución CSNNUU 1325 (2000), de 31 de octubre de 2000, sobre los *Efectos de los conflictos armados en las mujeres y las niñas, el papel de las mujeres en la consolidación de la paz y las dimensiones de género de los procesos de paz y solución de conflictos* que presenta al Consejo³⁴. En segundo lugar, trataremos de la figura del Representante Especial sobre la violencia sexual en los conflictos, nombrado por el Secretario General para monitorizar la situación de la violencia sexual en los conflictos armados; también el Representante Especial presenta informes anuales sobre su actividad, los cuales utilizaremos para tratar de observar la situación de la violencia sexual en Afganistán, dado que la reducción de la

información permanente sobre los progresos realizados en la aplicación de la resolución y mantener un intercambio sistemático de los mejores criterios y prácticas.”

32 En relación con esta temática de la puesta en práctica de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, resulta de interés la siguiente contribución de una discusión llevada a cabo en el marco de la Sociedad Americana de Derecho Internacional en 2018. CHINKIN, C., ANDERLINI S., SABA PHYUS M., O'NEILL J. AND CAFFERTY E., “The Security Council’s “Women, Peace, and Security” Agenda in practice “, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, April 4–7, 2018, Vol. 112 (April 4–7, 2018), pp. 137-150. Published by Cambridge University Press on behalf of the American Society of International Law.

33 NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. <https://www.ohchr.org/es/hrbodies/hrc/home>, consultada en noviembre 2023.

34 SECRETARY GENERAL, S/2002/1154, 16 octubre 2002.

violencia sexual en los conflictos es uno de los objetivos más claros y evaluables de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad. En este sentido, la Agenda trata de paliar una de las realidades más crudas de los conflictos armados, la de la violencia sexual —cinco resoluciones se dedican a ella—, aunque ya hay voces que tratan de reconducir la Agenda hacia otros aspectos más constructivos, como el acceso a la educación³⁵.

En relación con los informes del Secretario General, el primero de ellos data del año 2002 y en él se establecen las acciones necesarias para poner en práctica la Agenda. Las referencias a Afganistán en los informes hasta la fecha son repetidas y simplemente sirven para apuntar las actuaciones que se han llevado a cabo por parte de las Naciones Unidas y también por los Estados, aunque éstas son menos frecuentes. Su visión es genérica y universal, intercalando ejemplos concretos por países, pero no permite una evaluación concreta en un Estado particular, como en nuestro caso, Afganistán. A través de los 21³⁶ informes existentes hasta la actualidad se puede realizar un seguimiento de las recomendaciones que realiza el Secretario General y de la problemática para su cumplimiento.

Se hace referencia a la existencia de asesores de género en la operación de mantenimiento de la paz, la Misión Especial de las Naciones Unidas en Afganistán³⁷, además de a la capacitación en materia de género o de tráfico de personas a los componentes de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán.³⁸ También de relevancia resulta el abordaje de la reconstrucción después de los conflictos, donde se aboga por la inclusión de las perspectivas de género en *la reestructuración y reforma de los sectores judicial, legislativo y electoral en los países que emergen de situaciones de conflicto*³⁹.

En cuanto al segundo elemento, los informes del Representante Especial sobre la violencia sexual en los conflictos, hemos de resaltar que tanto la Resolución CSNNUU 1325 (2000) como otras posteriores, han establecido que la violencia sexual, incluida la violación, es una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, pudiendo incluso ser categorizada como un crimen de guerra, un crimen de lesa humanidad o un acto constitutivo de genocidio. La Resolución CSNNUU 1820 (2008) pone de relieve la necesidad de que los crímenes de violencia sexual queden excluidos de las disposiciones de amnistía en el contexto de los procesos de paz. Además, en la Resolución CSNNUU 1888 (2009) el Consejo de Seguridad solicitó el nombramiento de un Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia Sexual en los Conflictos⁴⁰.

35 DE SILVA DE ALWIS, R., “Expanding the Women Peace and Security Agenda to Protect Women’s Education in Afghanistan and Other Geographies of Conflict” (2022). *All Faculty Scholarship*. 2866. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2866, consultada en noviembre 2023.

36 Se puede consultar la totalidad de los informes en la siguiente dirección https://www.securitycouncilreport.org/un_documents_type/secretary-generals-reports/page/1?ctype=Women%2C+Peace+and+Security&cbtype=women-peace-and-security#038;cbtype=women-peace-and-security

37 SECRETARY GENERAL, S/2004/814, 13 octubre 2004, párr. 31,

38 Ibidem, párr. 36

39 Ibidem, párr. 49

40 Creada a partir de la Resolución S/RES/1888 (2009) 30 de septiembre de 2009 y puesta en práctica en el año 2010. También se puede consultar la página web <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/es/acerca-de-nosotros/about-the-office/>, consultada en diciembre 2023.

A través de esta figura y del Equipo de Expertos sobre el Estado de Derecho y la Violencia Sexual en los Conflictos, se realizan los informes anuales del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la violencia sexual en zonas de conflicto. Estos informes incorporan la problemática de Afganistán desde su inicio⁴¹, habiéndose también incluido en ellos una lista con aquellas personas/entidades sospechosas de cometer actos de violencia sexual. Este tipo de informe no realiza un seguimiento de Estados concretos, aunque se traten situaciones diversas que afectan a los Estados en las que se tienen ejemplos de violencia sexual, siguiendo la estrategia denominada “nombrar y avergonzar” (*naming and shaming*)⁴². De ahí que su eficacia en relación con las situaciones que menciona se limite a la meramente informativa, incluso pudiendo ser considerada contraproducente por algunos autores; según HEATHCOTE, esta práctica podría perjudicar el trabajo de las agencias civiles e incluso dificultar la reintegración de los perpetradores de nuevo en la sociedad.

Afganistán ha sido señalado en la totalidad de los informes analizados desde el año 2012 hasta la actualidad, tanto en el apartado relativo a la *violencia sexual en entornos afectados por conflictos*, en la mayoría de las ocasiones, como también en el apartado relacionado con la *violencia sexual como táctica de guerra y terrorismo*. Esto último se corresponde claramente con los periodos de mayor confrontación armada en el territorio, bien entre los talibanes y las fuerzas internacionales o contra el propio ejército afgano. Las denuncias de violencia sexual son casi inexistentes, según ponen de relieve estos informes, debido a la cultura y a la impunidad generalizada en este tipo de crímenes. Otra de las prácticas que se resaltan se refiere a la relativa a los “niños bailarines” (*bachah-bazi*), que puede incluir la violencia sexual y la esclavización de los niños por hombres en posiciones de poder. Ésta es practicada por los miembros de las fuerzas de seguridad (ejército y policía) afganas y se logró su penalización en 2018⁴³.

41 Los informes sobre violencia sexual derivada del conflicto también pueden consultarse en esta página en su totalidad: https://digitallibrary.un.org/search?ln=en&cc=Reports&p=conflict+related+sexual+violence&f=&action_search=Search&rm=&sf=year&so=d&rg=50&c=Reports&c=&of=hb&fti=0&fct_2=Security+Council&fti=0. A partir de 2012, A/66/657–S/2012/33, 13 enero 2012; S/2014/181, 13 marzo 2014; S/2015/203, 23 marzo 2015; S/2016/361, 20 abril 2016; S/2017/249*, 15 abril 2017; S/2018/250, 23 marzo 2018; S/2019/280, 29 marzo 2019; S/2020/487, 3 junio 2020; S/2021/312, 30 marzo 2021; S/2022/272, 29 marzo 2022; S/2023/413, 22 junio 2023.

42 HEATHCOTE, G., “Naming and Shaming: Human Rights Accountability in Security Council Resolution 1960 (2010) on Women, Peace and Security”, *Journal of Human Rights Practice*, Vol 00, Number 00, 2012, pp. 1–24 DOI:10.1093/jhuman/hus003. Se desarrolla aquí una crítica al párrafo 3 de la Resolución 1960 (2010) de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, según el cual: “3. *Alienta* al Secretario General a incluir en los informes anuales que presente en cumplimiento de las resoluciones 1820 (2008) y 1888 (2009) información detallada relativa a las partes en conflictos armados sobre las cuales pesen sospechas fundadas de que han cometido o han sido responsables de actos de violación y otras formas de violencia sexual y a incluir...”. Según la autora, este tipo de medidas no tendrían el efecto disuasorio que pretenden, sino que podrían obstaculizar el trabajo de las agencias civiles en el terreno, así como impedir que los grupos armados traten de reintegrarse en la sociedad.

43 ILO, NATLEX, *Afghanistan, General Provisions, Penal Code*, 2017, en vigor desde el 2018. Se penalizó la práctica del *Bachah-Bazi*, https://natlex.ilo.org/dyn/natlex2/r/natlex/fe/details?p3_isn=105003&cs=1i-LN49n9yC6iAqEyXaVqKGu_xDDasxLh6FVm2bVDRWrtfa6DtJM1xnwDeMWbosdABm09YWlgfKO-wTdc01wFmVQ, consultada en diciembre 2023.

En relación con la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad la primera mención se realizó en el informe de 2016, anunciando la aprobación y puesta en marcha del primer plan de acción nacional para la aplicación de la Resolución CSNNUU 1325 (2000) del Consejo de Seguridad⁴⁴. Posteriormente, en el mismo informe de 2016 se hacen referencias a la necesidad de dotar al plan de financiación, así como a aumentar el porcentaje de mujeres en la policía afgana, también incluido en este plan. Además, se pudieron apreciar los esfuerzos del gobierno afgano por reformar su legislación para incluir los estándares internacionales⁴⁵, que tuvo sus frutos en la creación de centros para proporcionar una protección integral a las víctimas. Ciertamente, se trata de una tarea compleja dadas las diferencias entre las zonas más urbanizadas y las rurales, pero se pueden apreciar los progresos y la dirección adoptada. Cabe poner de ejemplo que en 2021 y en cumplimiento de la Ley de Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, había *en funcionamiento fiscalías especializadas en las 34 provincias, y 32 de ellas están dirigidas por mujeres*⁴⁶. Además, la policía afgana también había aumentado el número de mujeres, representando aproximadamente el 40 % de su personal.

Todos estos logros fueron eliminados con la llegada del nuevo gobierno talibán en agosto de 2021,

siendo *las mujeres y las niñas un blanco específico de la violencia de género sistemática y generalizada, incluida la violencia sexual relacionada con el conflicto, en medio de una fuerte presión por limitar su participación en la vida pública y política*⁴⁷. Los últimos informes de los años 2022 y 2023 sólo constatan la destrucción sistemática de la estructura de derechos que se había desarrollado en la última década. Esto, unido a la crisis humanitaria, ha obligado a las familias afganas a volver a utilizar el matrimonio infantil y el matrimonio forzado, una práctica también prohibida en el régimen talibán actual. Quizá la única luz entre este sombrío panorama sea la del continuado trabajo de las organizaciones civiles en la clandestinidad, muy difícilmente, junto con la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas (UNAMA), dado que tanto la sociedad civil afgana como las Naciones Unidas saben que otra realidad es diferente para la mujer y la niña afgana.

44 S/2016/361, 20 abril 2016, párr. 24. Estos planes han de ser desarrollados por los Estados para poder plasmar en ellos las recomendaciones de la Resolución 1325 y siguientes que configuran la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad. Se pueden consultar los planes elaborados hasta ahora por los Estados en la siguiente página web: <https://1325naps.peacewomen.org/index.php/nap-overview/>, consultada en noviembre 2023.

45 S/2020/487, 3 de junio 2020, párr. 18.” El Gobierno siguió tratando de armonizar las leyes y políticas nacionales con las normas internacionales, promulgando una Ley de Protección de los Derechos de la Infancia y una política de protección de las mujeres en situaciones de guerra y de emergencia, así como revisando la Ley de Eliminación de la Violencia contra las Mujeres y aprobando un proyecto de reglamento sobre fondos de emergencia para las víctimas. Varias provincias cuentan con centros de protección de las familias y espacios adaptados a las necesidades de las mujeres con el fin de prestar asistencia integral a los supervivientes de la violencia sexual. En agosto, el Gobierno puso en marcha su segundo plan de acción nacional para aplicar la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad, con el apoyo de las Naciones Unidas. En las zonas remotas, donde la autoridad estatal es limitada, al recurrirse a mecanismos locales de resolución de conflictos para hacer frente a la violencia sexual, algunas supervivientes se han visto obligadas a casarse con el responsable para no sufrir represalias”.

46 S/2021/312, 30 marzo 2021, párr. 18.

47 S/2022/272, 29 marzo 2022, párr. 17.

2. El sistema universal, una garantía jurídica del seguimiento de la Agenda

Dada la universalidad de los mecanismos anteriores para poder analizar el seguimiento de la Agenda Mujeres, Paz y seguridad, hemos optado por utilizar el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Afganistán a modo de barómetro del cumplimiento de la Agenda. La situación de los derechos de las mujeres en relación con la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad en el país implica que el Estado actúe y adquiera compromisos nacionales e internacionales que permitan implementar esta Agenda⁴⁸. A pesar del carácter no vinculante de la Agenda, es un instrumento de *soft law*⁴⁹ que recoge algunas obligaciones de cumplimiento de derechos humanos que podemos ver insertadas en algunos instrumentos de derechos humanos del sistema universal de las Naciones Unidas.

Como ya hemos visto en la sección III Afganistán había ratificado algunos instrumentos internacionales de derechos humanos⁵⁰ con anterioridad a la existencia de la Agenda y que incluyen también protección frente a la violencia de género. El sistema de protección universal de las Naciones Unidas ha seguido la situación de los derechos humanos en Afganistán desde la existencia de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Así, desde el año 1993 hasta 2003 se pueden contabilizar 11 resoluciones⁵¹ en las que repetidamente y de forma anual se hace un llamamiento al Estado afgano a respetar los compromisos internacionales y el cumplimiento de los derechos humanos.

Sin embargo, ha sido en la etapa correspondiente a la intervención internacional cuando el Estado afgano ratificó más instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente en relación con los derechos de la mujer. Nos referimos a la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) —que ya había firmado en 1980⁵²—, junto a los dos protocolos facultativos a la Convención de Derechos del niño⁵³; por otra parte, el Estado afgano ratificó un nuevo tratado de derechos humanos, la Convención

48 Además de otros imperativos, que resume bien el siguiente artículo: SOLANAS, M., “Mujeres, paz y seguridad: lejos de las aspiraciones de la Resolución 1325”, en Real Instituto Elcano, ARI 44/2015, 15 de septiembre de 2015, 9 pp., p.2.

49 FUJIO, C., “From soft law to hard law: moving 1325 across the spectrum”, *Georgetown Journal of Gender & the Law* 9, no.1 (2008), pp. 215–35, <https://giwps.georgetown.edu/resource/from-soft-to-hard-law-moving-resolution-1325-on-women-peace-and-security-across-the-spectrum/>, consultada en octubre 2023.

50 Se puede consultar la página de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para obtener las fechas exactas de firma y ratificación de los distintos tratados internacionales de Derechos Humanos firmados por Afganistán. United Nations Human Rights Treaty Body Database, Afghanistan, <https://indicators.ohchr.org/>, consultada en octubre 2023.

51 OHCHR, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Resoluciones sobre la situación en Afganistán, https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_s.aspx?b=1&c=2&t=11, consultada en noviembre 2023.

52 Afganistán firmó la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) el 14 de agosto de 1980 y la ratificó el 5 de marzo de 2003. Ver UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, STATUS OF TREATIES, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en, consultada en noviembre 2023.

53 Afganistán firmó la Convención el 27 de septiembre de 1990 y la ratificó el 28 de marzo de 1994; en cuanto a su protocolo facultativo lo ratificó directamente el 24 de septiembre de 2023. Ver UNITED NATIONS, TREATY STATUS, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chap

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁴. Además, también es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁵⁵.

Estas ratificaciones sitúan al Estado afgano como un Estado responsable y comprometido con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, al menos sobre el papel. En este contexto, el Estado presentó los consiguientes informes al procedimiento del Consejo de Derechos Humanos de revisión periódica universal, específicamente, en tres ocasiones. La primera, en el año 2009⁵⁶, la segunda en el año 2014⁵⁷ y la tercera en el año 2019⁵⁸. En todos ellos se puede observar un progresivo aumento del número de las referencias a las cuestiones relacionadas con los derechos de la mujer. En el primer informe se ciñe a la primera etapa de gobierno democrático en el país, tanto al gobierno provisional como al primer gobierno elegido y a la necesidad de contar con la comunidad internacional para poder desarrollar las instituciones y consolidar los derechos humanos.

Asimismo, en relación con los derechos de las mujeres y de las niñas se afirma que *en los siete últimos años el Afganistán consiguió logros importantes en favor de los derechos de la mujer*—haciendo referencia al año de constitución del gobierno provisional, finales de 2001-2002, tras los Acuerdos de Bonn de diciembre 2001— *como la creación del Ministerio de Asuntos de la Mujer. El 28% de los miembros de la Asamblea Nacional eran mujeres, la proporción más alta de la región*⁵⁹.

Posteriormente, se fueron incorporando más avances a medida que se iba consolidando la creación del Estado afgano. No obstante, debido a la inseguridad de algunas provincias, entre los problemas más acuciantes se encontraban la cultura de impunidad, los escasos conocimientos sobre los derechos de la mujer, en particular entre las propias mujeres, las supersticiones tradicionales y perjudiciales y la falta de oportunidades de empleo. Con estas apreciaciones realizadas desde el Consejo de Derechos Humanos coincide también la Relatora Especial de

[ter=4&clang=_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&clang=_en) y https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&clang=_en, consultadas en noviembre 2023.

54 Afganistán accedió a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 18 de septiembre de 2012; ver UNITED NATIONS, TREATY STATUS, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&clang=_en, consultada en noviembre 2023.

55 Ver notas 8 y 9.

56 ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Afganistán, A/HRC/12/9, 20 de julio de 2009, 29 pp. En especial los párrafos

57 ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Afganistán, A/HRC/26/4, 4 abril 2014, 29 pp.

58 ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Afganistán, A/HRC/41/5, 3 abril 2019, 29 pp.

59 ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Afganistán, A/HRC/12/9, 20 de julio de 2009, párr. 18

la Violencia contra las Mujeres y las Niñas, un mandato que existe desde el año 1994⁶⁰ y en cuyos informes anuales desde el año 2006 se observa que Afganistán es uno de los Estados que acapara la atención, denunciando la situación de discriminación y de violencia abierta que sufren las mujeres y las niñas del país. También constata alguno de los logros que trajo consigo la nueva Constitución del año 2004, permitiendo la igualdad jurídica y ayudando a las garantías jurídicas para las mujeres y las niñas.

Especialmente relevante para evaluar el cumplimiento de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad resulta el seguimiento del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), que es un termómetro de los posibles avances en el país en materia de no discriminación. La Agenda establece la necesidad de protección de la mujer y de la niña en las situaciones de conflicto y postconflicto, además de introducir el elemento preventivo, que pasa por lograr la igualdad en la sociedad que permita que los procesos de reconstrucción social, política y económica se logren de manera efectiva y estable. El papel del Comité se ve reforzado a través de su Recomendación General N. 30⁶¹ que extiende la aplicación de la Convención a los contextos de conflicto y postconflicto, sin permitir su derogación. Esto hace posible que el examen por parte del Comité CEDAW de la situación de Afganistán sea de particular relevancia a la hora de realizar un seguimiento del cumplimiento de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad. Además, como defienden algunas autoras⁶², dicho examen puede contribuir a una interpretación más amplia de la Agenda, muy centrada en la lucha contra la violencia sexual derivada del conflicto (siete de las diez resoluciones). La imposibilidad de acceder a la educación, al trabajo o incluso a los derechos de salud se encuentran bajo el radar de la CEDAW y pueden también encontrar acomodo en la Agenda, a pesar de que, en el caso de la educación, solo se mencione en la RCSNU 1889 cinco veces, dos veces en la RCS 2242 y una vez en las resoluciones 2467 y 2494, respectivamente.

De esta manera, un tratado internacional de derechos humanos como es la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, por medio de su órgano de control, el Comité CEDAW, facilita aunar las cuestiones de género y de derechos humanos en el postconflicto, garantizando una visión universal de las problemáticas de la Agenda. Sin duda, la Agenda y su conjunto de resoluciones normativas, pero no vinculantes, puede encontrar en

60 La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas designó una Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, el 4 de marzo de 1994 mediante la Resolución 1994/45, aprobada el 4 de marzo de 1994. Desde marzo de 2006, la Relatora Especial presenta informes al Consejo de Derechos Humanos, conforme a la decisión 1/102 del Consejo.

61 NACIONES UNIDAS, CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, *Recomendación general núm. 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos*, CEDAW/C/GC/30, 1 de noviembre de 2013, 28 pp.

DE SILVA DE ALWIS, R., "Reflecting on the 10th Anniversary of the CEDAW's General Recommendation 30 on Women Peace and Security", GeorgeTown Institute for Women, Peace and Security, <https://giwps.georgetown.edu/reflecting-on-the-10th-anniversary-of-the-cedaws-general-recommendation-30-on-women-peace-and-security/>, June 8, 2023, consultada en octubre 2023.

62 CHINKIN, C., "Women, Peace, and Security: A Human Rights Agenda?", *Legal Mobilization for Human Rights*, Gráinne de Búrca (ed.), Oxford University Press, April 2022.

esta Recomendación y en el Comité CEDAW elementos relevantes para, al menos, monitorear su seguimiento desde un instrumento que sí tiene vinculación jurídica para los Estados. La Recomendación General N. 30 nos permite, al menos desde la perspectiva jurídica, sobrepasar la visión un tanto limitada de la violencia sexual derivada del conflicto como la única amenaza a la seguridad.

En este sentido, Afganistán ha presentado tres informes al Comité CEDAW, el último⁶³ del año 2020 y que sirven como base de seguimiento del posible avance en la implantación de medidas legislativas o políticas que traten de avanzar en la eliminación de la discriminación contra la mujer, dado que desde el año 2013 no se había analizado la situación del país al respecto⁶⁴. Así, este Comité CEDAW valoró positivamente la adopción de un conjunto de leyes relevantes para lograr una sociedad más igualitaria⁶⁵, entre ellas el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se incluyen en el nuevo Código Penal disposiciones relativas a los crímenes de lesa humanidad, genocidio y de guerra y que tipifican como delito la violación, la trata de personas con fines de explotación sexual y a efectos de explotación laboral, la práctica del *bacha bazi* (explotación y abusos sexuales de niños) y el acoso a las mujeres, prohíbe las llamadas “pruebas de virginidad” y deroga las exenciones de responsabilidad penal para los autores de asesinatos cometidos por motivos de “honor”, promulgado mediante decreto presidencial en 2017.

En definitiva, estos informes constatan el avance legislativo que el Estado afgano había ido realizando en la última década principalmente para tratar de paliar la discriminación sistémica de las mujeres y niñas afganas. También apuntan retos notables, que solo podrían ser solventados mediante la implementación progresiva y constante de la legislación aprobada y del Plan Nacional.

IV. LOS ACTORES DE LA AGENDA MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD: UN PAPEL DESIGUAL

La Resolución CSNNUU 1325 que inaugura la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad establece claramente que ésta no sólo se dirige hacia el Estado y sus órganos, sino que también ha de ser puesta en marcha por las operaciones de mantenimiento de la paz y por la comunidad internacional en su conjunto, además de por la sociedad civil organizada. En este apartado analizaremos los tres primeros desde el inicio de la intervención internacional en el año 2001 hasta su salida en agosto de 2021. No nos adentraremos en la sociedad civil, dada la dificultad de acceder a información sistematizada que permita un análisis genérico. Primeramente, desarrollaremos el papel de la Fuerza Internacional de Asistencia a la Seguridad y después de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán (UNAMA), aún presente tras la

63 COMITÉ DE LA CEDAW, CEDAW/C/AFG/CO/3, 10 de marzo 2020.

64 Afganistán había presentado a la CEDAW sus dos primeros informes combinados en el año 2013, tras haber ratificado la Convención.

65 CEDAW/C/AFG/CO/3, 10 de marzo 2020, para. 4 y 5, pp. 2.

toma de gobierno por parte de los talibanes en agosto de 2021; y, en tercer lugar, esbozaremos la situación del Estado afgano durante los años de presencia internacional.

1. El desarrollo de la Agenda por la Fuerza Internacional de Asistencia a la Seguridad (ISAF)

En la Resolución CSNNUU 1378 (2001)⁶⁶, el Consejo de Seguridad establece claramente que *las Naciones Unidas deberían desempeñar una función central en el apoyo a los esfuerzos del pueblo afgano por establecer con urgencia esa nueva administración de transición que dé lugar a la formación de un nuevo gobierno*. Esta finalmente se desplegará como previsto en la Resolución CSNNUU S/RES/1386 (2001), de 20 de diciembre, tras la caída de Kabul y la firma de los Acuerdos de Bonn, de 5 de diciembre de 2001⁶⁷. En ella se autoriza *el establecimiento durante 6 meses de una Fuerza internacional de asistencia para la seguridad que apoye a la Autoridad Provisional afgana en el mantenimiento de la seguridad en Kabul y las zonas circundantes, para que la Autoridad Provisional afgana y el personal de las Naciones Unidas puedan realizar sus actividades en un entorno seguro*⁶⁸.

Esta fuerza internacional que se desplegó bajo el mandato de las Naciones Unidas y el Capítulo VII de la Carta, como otras operaciones de mantenimiento de la paz, no se puede considerar propiamente como una de ellas, dado que ha sido la OTAN, por medio de una coalición de más de 51 Estados, la organización responsable desde 2003, a petición del gobierno afgano y de las Naciones Unidas. No obstante, el Consejo de Seguridad ha emitido 18 resoluciones en relación con esta operación denominada ISAF⁶⁹ y, se puede afirmar, que su mandato está jurídicamente respaldado por ellas.

Una vez que los distintos Estados que componen la fuerza internacional militar, ISAF, se despliegan en el país, éste se divide en regiones, donde los distintos batallones militares de cada Estado se sitúan y construyen sus bases. Se trata de una estrategia basada en los “Provincial Reconstruction Teams” (PRT, siglas en inglés)⁷⁰ o “Equipos de Reconstrucción Provincial”, en la que también España participó.

66 S/RES/1378 (2001), 14 noviembre 2001, párr. 3, p. 2.

67 El Consejo de Seguridad se hace eco de dichos acuerdos mediante la Resolución S/RES/1383 (2001), 6 de diciembre de 2001.

68 S/RES/1386 (2001), 5 de diciembre de 2001, párr. 1.

69 Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a ISAF: S/RES/1386 (2001), S/RES/1413 (2002), S/RES/1444 (2002), S/RES/1510 (2003), S/RES/1563 (2004), S/RES/1623 (2005), S/RES/1707 (2006), S/RES/1776 (2007), S/RES/1817 (2008), S/RES/1833 (2008), S/RES/1890 (2009), S/RES/1917 (2010), S/RES/1943 (2010), S/RES/2011 (2011), S/RES/2069 (2012), S/RES/2096 (2013), S/RES/2120 (2013), y S/RES/2145 (2014). Ver también NATO, ISAF'S Mission in Afghanistan, https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_69366.htm, consultada en octubre 2022.

70 PERITO, M.R., “The U.S. Experience with Provincial Reconstruction Teams in Afghanistan: Lessons Identified”, United States Institute for Peace, 1 octubre 2005, <https://www.usip.org/publications/2005/10/us-experience-provincial-reconstruction-teams-afghanistan-lessons-identified>, consultada en octubre 2023.

Los Equipos de Reconstrucción Provincial fueron la estructura base de actuación de las fuerzas armadas, con un componente civil o de reconstrucción y otro militar, de apoyo al ejército afgano. Estos tenían una doble vertiente de actuación, por un lado, asesorar al ejército afgano y por otro, tratar de interactuar con la población local para poder llevar a cabo sus tareas de contrainsurgencia, en un contexto vulnerable y sin conocimiento alguno de las claves culturales. Su función no era siempre lo suficientemente específica y, unido a este factor, se encontraba la dificultad de poner en práctica la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, en un estado inicial de desarrollo y con una falta clara de directrices. No hemos de olvidar que la Agenda se acababa prácticamente de “estrenar” en una situación de postconflicto, con todo lo que implica poner en práctica un enfoque nuevo en un escenario complejo.

No obstante, especialmente en relación con la aplicación de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, la OTAN elaboró una directiva, denominada *Bi-Strategic Command Directive 40-1*⁷¹ de 2009, que precisamente iba dirigida a facilitarla. En ella se trata de definir de qué forma tanto la OTAN como sus operaciones incluirían la perspectiva de género contenida en la Agenda. En este sentido, disponemos de una evaluación realizada por la OTAN en el año 2013 sobre cómo la nueva directiva y dicha Agenda se aplicaba a sus operaciones en Kosovo, llamadas *Kosovo Forces*, KFOR, y en Afganistán, ISAF, donde se constata que hasta el año 2009 y la Directiva mencionada, no había unas directrices claras para implementar la Agenda. Uno de los hallazgos más sorprendentes fue el hecho de que, comparativamente con Kosovo, el grado de conocimiento y entendimiento de las cuestiones de género era mayor en Afganistán, dada la gran estratificación de la sociedad entre mujeres y hombres⁷². A esto se añadía la falta de conocimiento de lo que implicaba la Agenda.

Añadido a este desconocimiento se encontraba el problema de dotación de personal especializado. Las posiciones de “Asesores de Género” y de “Puntos Focales de Género” presentaban dificultades para ser cubiertos, con lo que esto implica de negativo para la correcta ejecución de la directiva y de la Agenda. Además, la propia evaluación reconocía que contar con puestos “especializados” para reforzar y conseguir que el enfoque de género y las medidas previstas al respecto se apliquen en el trabajo no había sido suficiente. El hecho de que la oficina del Asesor de Género, si bien estando situada al nivel jerárquico adecuado, consistiera en una sola

71 NATO, *Bi-Strategic Command Directive 40-1 on integrating UNSCR1325 and Gender Perspectives into NATO Command Structure*, 2009. <https://natolibguides.info/women/documents>, consultada en noviembre 2023. Posteriormente, la OTAN continuó actualizando dicha directiva en los años 2012, 2017 y en 2021, siguiendo las actualizaciones que se iban realizando en la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad mediante nuevas resoluciones del Consejo de Seguridad.

72 NATO, *Review of the Practical Implications of UNSCR 1325 for the Conduct of NATO-led Operations and Missions*, LACKENBAUER, H. and LANGLAIS, R. (Eds.), Swedish Defence Research Agency (FOI), May 2013, 92 pp. Pp. 5: “The Review found that there was a higher degree of understanding of gender relations and their impact on operations within ISAF than in KFOR. This is explained by the extreme stratification between men and women in Afghanistan, in comparison to Kosovo where women also are subordinated to men but not to the same extent.” https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2013_10/20131021_131023-UNSCR1325-review-final.pdf, consultada en abril 2019.

persona impedía que se estuviera llevando a cabo una transversalización de las cuestiones de género a toda la misión⁷³.

Tampoco los informes analíticos o los productos de inteligencia y de organización de la ISAF incorporaban las cuestiones de género de manera transversal, con lo que no era factible evaluar los logros en el cumplimiento de la Agenda⁷⁴. Investigaciones realizadas de manera sectorial por algunos de los ejércitos de la OTAN desplegados en la zona muestran la arbitrariedad y la falta de directrices con las que se solían encontrar los PRT a la hora de implementar la Agenda⁷⁵.

A modo de ejemplo, podemos citar el análisis llevado a cabo al respecto por el ejército noruego desplegado en el territorio. En él se reconoce que el nombramiento de un Asesor de Género en el PRT no fue suficiente para poder transversalizar la perspectiva de género e implementar la Resolución CSNNUU 1325, involucrando a las mujeres locales. Por un lado, porque esta función era una más entre las asignadas; por otro, porque existía una falta de formación notable entre las personas responsables de desarrollar esta función y un desconocimiento de las costumbres locales. En definitiva, se trataba de una labor demasiado compleja para ser desarrollada con pocos medios y una escasa estrategia.

Asimismo, también ha habido voces críticas con la implicación en cuestiones de género por parte de soldados mujeres pertenecientes al ejército estadounidense, cuya función era la de “escuchar” a las mujeres afganas en las zonas de despliegue, pero sin tener ningún efecto transformador ni cometido derivado de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, más allá de sus propias carreras⁷⁶.

La propia participación española en Afganistán pone de relieve estos retos a la hora de implementar la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad⁷⁷. ISAF realizó labores de reconstrucción de infraestructuras y facilitó el acceso de la población a algunos servicios, especialmente médicos. Pero sin una estrategia convenida ni la cooperación suficiente, muchos de sus objetivos a nivel táctico quedaron desdibujados. Así, el mandato de la Resolución CSNNUU 1325 que integra los cuatro pivotes claves de participación, protección, prevención y ayuda humanitaria quedó reducido mínimamente a un elemento más entre los necesarios para poder adentrarse en las

73 Ibidem nota anterior, p. 6.

74 Ibidem, Executive Summary: “ISAF’s main analytical outcomes, the intelligence and planning products, do not factor in gender as part of their core analyses. This means that gender, by definition, is not mainstreamed, which makes it difficult to leverage the accomplishments that actually have been achieved at the tactical level”.

75 FLEMING, C., “Women, Peace and Security?”, *Blogs PRIO*, 21 septiembre 2016. <https://blogs.prio.org/2016/09/women-peace-and-security/>, consultada en noviembre 2021.

76 OWEN, G., “Reach the Women”: The US military’s experiment of female soldiers working with Afghan women”, *Afghanistan Analysts Network*, <https://www.afghanistan-analysts.org/en/reports/war-and-peace/reach-the-women-reviewing-the-us-militarys-experiment-with-female-soldiers-contacting-the-other-half-of-afghan-society/>, 20 junio 2015.

77 ARTEAGA, F., “España en Afganistán: recomendaciones para revisar la estrategia de transición”, *ARI*, 22/2016-29/2/2016. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/defensa+y+seguridad/ari22-2016-arteaga-espana-afganistan-recomendaciones-revisar-estrategia-transicion, consultada en noviembre 2021.

poblaciones afganas y contactar con la población local y así recopilar la información necesaria para conseguir los distintos objetivos de carácter principalmente militar (contrainsurgencia, lucha terrorista).

ISAF vio extendido su mandato desde sus iniciales seis meses hasta el año 2014⁷⁸. La situación en el territorio de Afganistán lo hizo necesario. Durante todo este periodo, ISAF fue una fuerza de combate que trató de luchar contra la insurgencia talibán en las diferentes zonas. Desde el año 2008 al 2010 hubo un recrudecimiento de los combates, lo que obligó a los Estados Unidos y las fuerzas de Estados aliados a reforzar la coalición, que llegó a su punto máximo de tropas. A partir de 2011 hasta el año 2014 se fueron reduciendo las tropas y preparando al ejército afgano para ocuparse plenamente de su seguridad⁷⁹. Sin duda, sobre el papel, todo parece armónico, pensado y orquestado, pero la situación en el terreno que dejan intuir los informes del Secretario General ante el Consejo de Seguridad sobre la situación de Afganistán parecían ir en una dirección opuesta. Se puede afirmar que nunca hubo una victoria militar clara y que no cesaron las acciones de los talibanes, que adquirirían mayor o menor crudeza según el momento.

Para concluir, se puede afirmar que la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad fue adoptada paulatinamente por las fuerzas de la OTAN desplegadas en Afganistán sin una estrategia clara y ordenada, pero ésta se nutrió sin duda de algunas de las prácticas allí desarrolladas. Esto ayudó a que, tras su repliegue en 2014, la misión posterior, sin capacidad de combate, la llamada *Resolute Support Mission to Afghanistan*⁸⁰ fuera concebida desde sus inicios con un enfoque de género, tanto en su plan operacional como en el del despliegue de tropas⁸¹. No haremos un análisis de esta intervención, dada su capacidad más limitada de operativizar la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad debido a su mandato de asesoría a las fuerzas de seguridad afganas, a las que ya se les atribuía capacidad autónoma tras la operación anterior. En definitiva, la integración del enfoque de género se había llevado a cabo en los 13 años anteriores y ahora, la OTAN pasaba a tener un rol de asesor de un ejército autónomo. No obstante, es relevante tener en cuenta que las intervenciones de la OTAN en Afganistán, tanto la de ISAF, como la misión sin capacidad de combate posterior, *Resolute Support* fueron consideradas por la propia organización como fundamentales en el desarrollo de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad. Las

78 Como apuntamos en un párrafo anterior, ISAF fue una operación de la OTAN y como tal, fue aprobada por el Consejo de Seguridad bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En la nota 65 se pueden consultar todas las resoluciones del CS al respecto, que ampliaron su mandato sucesivamente desde el año 2001.

79 NATO, ISAF's mission in Afghanistan (2001-2014), 22 mayo 2022. https://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_69366.htm, consultada en noviembre 2023.

80 *Resolute Support* fue iniciada por la Resolución CSNNUU 2189 de 2014, una misión sin capacidad de combate y dirigida por la OTAN. La misión fue establecida por invitación del gobierno afgano y su propósito era ayudar a las fuerzas e instituciones de seguridad afganas a desarrollar la capacidad de defender Afganistán y proteger a sus ciudadanos en el a largo plazo. NATO, https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_113694.htm, consultada en noviembre 2023.

81 SCHUURMAN, M., "NATO and the Women, Peace and Security Agenda: Time to Bring It Home", *Connections, the Quarterly Journal*, <http://connections-qj.org/article/nato-and-women-peace-and-security-agenda-time-bring-it-home>, consultada en octubre 2023.

mejores prácticas y también los errores sirvieron de base para operaciones posteriores⁸². En definitiva, a pesar de las dificultades encontradas, la incorporación del enfoque de género en las dos operaciones de la OTAN en Afganistán cosechó algunos logros, especialmente proporcionar otra perspectiva sobre la seguridad no solo centrada en hombres combatientes, además de integrar el enfoque de género en la formación del ejército afgano.

2. La Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán, (UNAMA), y su papel en el desarrollo de la agenda

Las Naciones Unidas también desplegaron una misión que serviría de acompañamiento y de asesoría al Gobierno afgano de transición que se implantó, la llamada Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán, UNAMA (siglas en inglés). El mandato original de UNAMA, establecido en la Resolución CSNNUU 1401 del Consejo de Seguridad de la ONU (marzo de 2002) era apoyar la implementación del Acuerdo de Bonn (diciembre de 2001) y se ha prorrogado de manera constante a lo largo de estas dos décadas, con el fin de adaptarse a la evolución y las necesidades del país. La misión ha experimentado ya su extensión en varias ocasiones desde la caída de Afganistán en manos del gobierno de los talibanes. Su última extensión tuvo lugar el 17 de marzo de 2023 mediante la Resolución CSNNUU 2678 (2023) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El desarrollo de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad precisa un enfoque coordinado entre los distintos actores. Este es uno de los papeles que podría tener la UNAMA, y que parece que adoptó casi desde los inicios, en la medida de sus capacidades y de la situación del conflicto armado en las distintas regiones de Afganistán. UNAMA ha sido y continúa siendo una misión con un mandato en el territorio y es en estos momentos, el baluarte de la presencia internacional. Por medio de los informes regulares que la misión envía al Consejo de Seguridad, se ha podido ir comprobando cómo el nivel de violencia desde el año 2018 iba en aumento en algunas zonas del territorio afgano. En este sentido, eran coincidentes las informaciones de UNAMA y del Secretario General en sus informes anuales sobre el desarrollo de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad.

La reciente toma de Afganistán por los talibanes ha atraído gran parte de la atención mundial. No obstante, en los meses previos, las Naciones Unidas ya habían documentado un número sin precedentes de asesinatos de mujeres afganas en 2020, entre los que se contaron los de activistas de la sociedad civil y periodistas, así como atentados contra académicas, vacunadoras e incluso juezas del Tribunal Supremo. Sin embargo, no hubo mujeres entre las personas encargadas de negociar con los talibanes en 2020. Cuando los delegados que representaban a los talibanes y al Gobierno del Afganistán se reunieron en Moscú en marzo de 2021 para negociar la paz, solo una mujer participó en las negociaciones.

UNAMA ha seguido su trabajo en el país, abogando por mantener el contacto con el gobierno talibán de facto y tratando de canalizar el diálogo político y humanitario. Abogar por la

82 Ibidem.

legalidad internacional en Afganistán, donde el marco jurídico constitucional del año 2004 continúa suspendido desde la toma del poder por el grupo armado talibán, coloca a UNAMA en una situación compleja. El informe del Secretario General presentado en febrero de 2023⁸³ ante el Consejo de Seguridad advierte de que *el marco jurídico continuó sin aclararse. El 5 de noviembre, el Ministerio de Justicia de facto publicó los primeros boletines oficiales desde agosto de 2021, en los que se recogieron cinco decretos, uno de los cuales describía los principales aspectos para elaborar leyes, reglamentos y procedimientos.* Afganistán carece en la actualidad de un marco jurídico claro que permita la plena operatividad de su mandato, teniendo en cuenta, además que, desde el 10 de enero de 2023, *las autoridades de facto comunicaron una decisión del líder talibán Haibatullah Akhundzada, mediante la cual todas las normas y todos los reglamentos preparados por la anterior República quedaban automáticamente anulados por ser contrarios a la sharía.* No se especifica si esto también afectará a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados ya por Afganistán. Hasta el momento del envío de este trabajo, no había habido una retirada oficial de ninguno de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado afgano anteriormente.

UNAMA despliega toda su actuación relativa a los derechos de las mujeres y las niñas en Afganistán desde la perspectiva de los derechos humanos. En sus informes, especialmente desde agosto de 2021, no se observan menciones a la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, pero sí a los. Esto puede responder a la necesidad de tratar de que Afganistán aplique los tratados internacionales ya ratificados. Sin embargo, con el reciente anuncio de derogación normativa, queda la incógnita de si estos tratados también se verían afectados. El gobierno talibán de facto desde sus inicios ha querido poner de relieve que respetarán los derechos humanos mientras no entren en conflicto con la sharía. La Agenda, con su específica dedicación a las mujeres y a las niñas en situaciones de conflicto y postconflicto puede resultar en estos momentos un instrumento incómodo para las negociaciones con los talibanes. Sin embargo, el lenguaje y las obligaciones más genéricas de derechos humanos pueden resultar más adecuados en cualquier negociación⁸⁴ además de salvaguardar los derechos de toda la población afgana en conjunto, incluidas las mujeres y las niñas.

Hemos de resaltar que la Misión ha puesto de relieve los considerables obstáculos existentes en el sistema de justicia, tanto el oficioso como el oficial, según las investigaciones realizadas por la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres); así, las restricciones generalizadas que se habían impuesto a los derechos de las mujeres hacían prácticamente imposible que estas (y las niñas) tuvieran acceso a la justicia.

Es cierto que hay autores que postulan que la Agenda de Mujeres, Paz y Seguridad se ha centrado en “traducir” sus postulados a normas formales, pero no en “transformar” las bases de la desigualdad en relación con el Estado afgano. Esto implica que no ha pasado del nivel

83 UNITED NATIONS, SECRETARY GENERAL, *The situation in Afghanistan and its implications for international peace and security*, A/77/772-S/2023/151, 27 February 2023, 16 pp, par. 13.

84 UNAMA publica informes propios en relación con los derechos humanos y su cumplimiento en Afganistán, donde se puede realizar un seguimiento de la situación no sólo de las mujeres y las niñas, sino del pueblo afgano. Ver página web de UNAMA, <https://unama.unmissions.org/>, consultada en octubre 2023.

teórico y normativo para adentrarse en las realidades de las mujeres y las niñas afganas. Una visión más positiva sobre el uso y la implantación de la Agenda también ha sido formulada y ha de ser tenida en cuenta; según esta visión, los derechos humanos que se corresponden con algunos de los planteamientos de la Agenda, especialmente su llamado a la igualdad y a la no discriminación, además de hacia la eliminación de la violencia sexual, han podido al menos ser desarrollados durante los veinte años de intervención internacional, permitiendo a la mujer y a la niña afgana acceder a la educación, a la salud, a la justicia y al trabajo. Los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Afganistán, además de su Constitución, así lo han constatado.

3. El Estado afgano: actuaciones dirigidas a hacer realidad la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad

Además de los posibles avances registrados ya en el seguimiento de la legislación internacional en materia de derechos humanos, el Estado afgano promulgó una constitución, que refleja en parte el talante avanzado e integrador de la Constitución de 1964⁸⁵; nos referimos a la Constitución de 2004, el marco legal nacional legal, que apoya la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho al trabajo y a la participación política, además de a la educación. Las mujeres afganas participaron en la redacción de la nueva Constitución y llegaron a ocupar 100 escaños de los 500 que componen la *Loya Jirga* (parlamento tradicional afgano) constitucional. Esto implicó un notable progreso en relación con otras composiciones de este tipo de parlamento en los años 1964 y 1977, donde únicamente participaron 4 y 12 mujeres respectivamente⁸⁶.

Sin duda, los derechos a la educación, al trabajo, a la libertad de movimiento y circulación se restauraron desde el primer gobierno interino de Karzai. Las mujeres volvieron a sus trabajos, a formarse y a participar mínimamente en la vida pública. También regresaron a las urnas, pudiendo las mujeres ejercer su derecho al voto, algo que no se hacía desde el año 69. Pero estas mejoras resultarían insuficientes⁸⁷ para poder observar un verdadero cambio en la vida de las mujeres y de las niñas afganas. La Constitución también establecía que sus preceptos

85 Antes de constituirse como gobierno elegido democráticamente, los Acuerdos de Bonn hacen mención a la *creación de una Administración interina*, que representará primeramente la soberanía de Afganistán y a la que se transferirá el poder el 22 de diciembre 2001. Esta estará *dirigida por un presidente, una Comisión especial independiente encargada de convocar la Loya Jirga de urgencia y una Corte suprema de Afganistán, además de los demás tribunales que sean creados por la Autoridad interina*. La composición, las funciones y los procedimientos de la Administración interina y de la Comisión especial independiente están enunciadas en el dicho acuerdo.

86 SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe de Mujer, paz y seguridad”, S/2004/814, 13 de octubre de 2004, párr. 54.

87 OCHA, ABUBAKER, S., “Constitutional guarantee of equal rights for Afghan women so far brings little change to everyday life”, Afghanistan, News and Press Release, 8 marzo 2004. <https://reliefweb.int/report/afghanistan/constitutional-guarantee-equal-rights-afghan-women-so-far-brings-little-change>, consultado en octubre 2021. “Other provisions in the constitution could have similar far-reaching effects. Article 44 stipulates that the government must devise educational programs for women, while Article 48 states that “work is the right of every Afghan.” Article 22 states that men and women “have equal rights and duties before the law.”

han de interpretarse de acuerdo con los principios islámicos. Estos pueden ser muy generales, pero las estructuras judiciales del país, sin renovar y anquilosadas en una visión patriarcal de la justicia, hacían difícil ejecutar el mandato constitucional. Sin embargo, esto no obsta para que se aprecie en las valoraciones del Comité una gran preocupación por la grave situación de discriminación en la que se encuentran las mujeres afganas por no reconocer su propia Constitución la discriminación por razón de género⁸⁸. Restaurar el Estado de derecho es una vasta tarea que no se puede lograr en un decenio ni en dos.

Afganistán ha tratado de desarrollar la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad poniendo énfasis en el Plan Nacional de Acción, una herramienta prevista en la Agenda donde el Estado afgano puede estructurar su hoja de ruta para la adopción de la Agenda adaptada a su contexto nacional. Para ello diseñó el Plan Nacional de Acción en el marco de la Resolución CSNNUU 1325 (2000), que contó con dos fases, de 2015 a 2018 y de 2019 a 2022⁸⁹. En las primeras evaluaciones del Plan, se puso de relieve por parte del gobierno afgano que se había constituido el *High Peace Council*, como un órgano representativo de todas las mujeres del país, por medio de delegadas en cada una de sus provincias. Sus funciones serían las de promover el diálogo y la participación de las mujeres en los procesos de paz. Si bien este se ha reunido en agosto de 2018, tras una organización principalmente de arriba-abajo, *top-down*, por parte del gobierno de unidad afgano, sus conclusiones no recogieron explícitamente la necesidad de que hubiera mujeres en los foros negociadores con los talibanes, aunque sí la obligación de que se tuvieran en cuenta los derechos adquiridos de las mujeres y garantizados por la Constitución de 2004⁹⁰. Según algunos analistas, no sirvió para garantizar la presencia de mujeres en los futuros procesos de paz del país, aunque sí habría podido ser un foro válido si la situación no hubiera evolucionado como lo ha hecho.

En general, en todos los procesos de paz que ha habido en el país en las últimas dos décadas la presencia de mujeres es ínfima. Entre 2005 y 2014, en las 23 rondas negociadoras, solo hubo mujeres en dos ocasiones. Tampoco hubo mujeres en las negociaciones entre el gobierno americano y los talibanes y solo cuatro mujeres (21 miembros en total) formaban parte del equipo responsable del proceso intra-afgano⁹¹. Las preocupaciones de las mujeres por la posibilidad de regresar a la situación de pérdida casi absoluta de derechos durante el anterior gobierno talibán no eran baladís, aunque no tuvieron una recepción notoria en las conversaciones de paz indicadas.

El Plan en sí muestra un interés y preocupación del gobierno afgano por intentar desarrollar la Agenda, pero cuenta con un legado muy pesado, la guerra y el conflicto constante en que

88 NACIONES UNIDAS, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, CEDAW/C/AFG/CO/3I, 10 de marzo 2020, 20 pp., pars. 11-14.

89 Afghanistan NAP, Program of the Women's International League for Peace and Freedom, <http://1325naps.peacewomen.org/index.php/afghanistan/>, consultada en noviembre 2021.

90 RUTTIG, T., "Women and Afghan Peace Talks: 'Peace consensus' gathering left Afghan women without reassurance", *Afghanistan Analyst Network*, 15 abril 2019, <https://www.afghanistan-analysts.org/en/reports/war-and-peace/women-and-afghan-peace-talks-peace-consensus-gathering-left-afghan-women-unassured/>, consultada en noviembre 2019.

91 Afghanistan NAP, Program of the Women's International League for Peace and Freedom, <http://1325naps.peacewomen.org/index.php/afghanistan/>, consultada en noviembre 2021.

ha estado sumido el país en las últimas décadas, que dificulta su aplicación, especialmente la parte relacionada con la prevención. La Estrategia nacional afgana de desarrollo se basa en un enfoque clásico que pretende la explotación sostenible de los recursos en base a una economía de mercado, sin contar con la imposibilidad de la mujer de beneficiarse de todo lo relacionado con las industrias extractivas, como bien apuntan DUNCANSON y FARR⁹².

En otro tema relevante en relación con la participación política y social, el gobierno afgano creó el Ministerio de Asuntos de la Mujer⁹³ y la Comisión Independiente de Derechos Humanos⁹⁴, además de establecerse servicios especializados de apoyo a las víctimas mecanismos de rendición de cuentas en relación con la violencia de género. Otro aspecto ha sido procurar aumentar la presencia de mujeres en la Administración y en los cuerpos de seguridad. En este sentido, también hay un debate dado que son varias las voces que apuntan a que quizá este no sea el enfoque más acertado para el país en esta etapa de su desarrollo. Estas autoras prefieren apostar por aumentar el número de mujeres en la Administración de justicia, que podría servir para conseguir el objetivo de eliminar la impunidad en los delitos de violencia contra la mujer muchos de los cuales son comunes y relacionados con la inseguridad existente en el territorio derivada del conflicto⁹⁵.

Es interesante observar cómo las voces de alarma en relación con el incumplimiento de la legislación internacional ya se habían levantado hace tiempo. En relación con la violencia contra las mujeres, como bien recogen algunas autoras⁹⁶, si bien el año 2009 constituye un hito para el país, al aprobarse la Ley afgana sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, diez años más tarde, no se puede seguir opinando lo mismo. Hay suficientes investigaciones que demuestran la dificultad de implementar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y las leyes afganas por chocar frontalmente con las costumbres locales que convierten a la mujer en una mercancía para la familia, bien para reparar su honor en caso de que sea preciso o para saldar deudas. Esto hace que, si bien el matrimonio infantil está prohibido, un número elevado de mujeres entre los 16 y los 19 ya están casadas y con hijos. Además, los malos tratos

92 DUNCANSON C. & FARR V., “Testing the WPS Agenda: the case of Afghanistan”, Sara E. Davies y Jacques True (editado) en *The Oxford Handbook of Women, Peace and Security*, Feb. 2019.

93 Este Ministerio fue creado a finales de 2001, como resultado de lo pactado en los Acuerdos de Bonn de 5 de diciembre de 2001, oficialmente “Acuerdo sobre Arreglos Provisionales en Afganistán Pendiente del Restablecimiento de Instituciones Gubernamentales Permanentes” (ver sección II de este artículo). Fue disuelto en el año 2021, tras la llegada al poder del gobierno de facto formado por los talibanes. En su lugar, crearon el Ministerio para la Propagación de la Virtud y la Prevención del Vicio.

94 La Comisión Independiente de Derechos Humanos fue establecida por un decreto del Presidente de la Administración Provisional (gobierno Interino) el 6 de junio de 2002, de conformidad con el Acuerdo de Bonn (del 5 de diciembre de 2001), la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/134 de 1993 que incorpora los Principios de París sobre las instituciones nacionales de derechos humanos, y el artículo 58 de la Constitución de la República Islámica de Afganistán.

95 DUNCANSON C. & FARR V., “Testing the WPS Agenda: the case of Afghanistan”, Sara E. Davies y Jacques True (editado) en *The Oxford Handbook of Women, Peace and Security*, Feb. 2019.

96 HAKIMI, M. J. “Elusive Justice: Reflections on the Tenth Anniversary of Afghanistan’s Law on Elimination of Violence Against Women”, 18 NW. J. HUM. RTS. 52 (2020). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol18/iss1/2>, consultada en noviembre 2023.

y la violencia de género en estos matrimonios son muy frecuentes lo que también empuja a la práctica del suicidio, inmolación, por medio de prenderse fuego⁹⁷.

Según estadísticas de ONU Mujeres⁹⁸, en la actualidad 28.3% de las mujeres entre 20-24 años contraen matrimonio antes de los 18. El porcentaje de nacimientos en adolescentes es de 62 por cada mil mujeres entre 15-17 años en 2017 habiendo disminuido desde el 77.2 por mil en 2014. Asimismo, en el caso del acceso a la justicia de las mujeres por crímenes debidos a la violencia contra mujeres y niñas, UNAMA constataba que solamente el 40% de los causantes entre los casos denunciados eran condenados, poniendo de relieve la impunidad a la que se enfrentan⁹⁹. Datos aún más escalofriantes existen en relación con los llamados “crímenes de honor”, los cuales quedan impunes en un 77% de los casos, frente a un 49% en caso de crímenes sin esta connotación.

En definitiva, el Estado afgano ha tratado de poner en marcha la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad, aunque los derechos humanos de las mujeres y las niñas y la perspectiva de género no hayan aún cristalizado más allá del entorno de las mujeres pertenecientes a las clases urbanas educadas, impulsoras de otro modelo de sociedad. La disparidad del territorio y la presencia de los talibanes en muchas de sus regiones como bastión que proporciona seguridad y cierta estabilidad imposibilitó el avance y también el desarrollo de un movimiento social en todo el país capaz de impulsar esta Agenda. No obstante, los pasos emprendidos permitieron que una generación de mujeres y niñas tuvieran garantizado, al menos legalmente, el acceso a la igualdad, a la educación, a la salud y a la justicia. Ciertamente no podía ser llevado a la práctica con la misma efectividad en todo el territorio, pero el marco legal propiciaba un clima más favorable a los derechos humanos y a la igualdad que no se había podido disfrutar desde hacía décadas.

Se puede observar así que, a pesar del régimen talibán y de la anulación de los derechos humanos de las mujeres y niñas afganas, hasta ese momento, Afganistán había experimentado un cierto avance en materia de igualdad de género, propiciado por la aplicación de la Agenda de Mujeres, Paz y Seguridad tanto por las fuerzas militares, como por el Estado afgano y por la administración de las Naciones Unidas en el territorio.

V. LA SITUACIÓN ACTUAL Y LOS RETOS PRESENTES Y FUTUROS

Hemos visto una mejora relativa de las condiciones de las mujeres en Afganistán en los últimos años de intervención internacional. La retirada repentina, no inesperada, puesto que hubo un acuerdo de paz alcanzado en 2021 basado en esta premisa, unida al avance vertiginoso de los talibanes hasta Kabul, la falta de oposición por parte de las fuerzas armadas afganas junto con la huida de su Presidente, nos pone en situación de vuelta al punto de partida inicial: un

97 PARROT A., “Human rights and health status of girls and young women in Afghanistan under the new democracy: forced and child marriages”, *Challenges to Societal Health Research in Political Sociology*, (Wejnert, B., editora), volumen 19, pp.11–25, 2011 by Emerald Group Publishing Limited.

98 ONU Mujeres, <https://data.unwomen.org/country/afghanistan>, consultada en noviembre 2023.

99 UNAMA, *In search of justice for crimes of violence against women and girls*, Report, December 2020, 21 pp.

gobierno talibán en el poder, como en la etapa de 1996 hasta 2001. ¿Se cierra un círculo o continúa la espiral? Esta última visión resulta más apropiada a la hora de analizar los cambios y también, de dejar abierta la esperanza para los millones de mujeres que padecen hoy de nuevo las restricciones de derechos y libertades de antaño. Hemos identificado algunos de los retos a los que se enfrenta Afganistán en relación con la aplicación de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad que podemos clasificar en 1) la seguridad interna y la fragilidad del gobierno talibán y 2) la situación de “apartheid de género”.

1. La seguridad interna y la fragilidad del gobierno talibán

Los talibanes se han transformado de grupo armado insurgente a gobierno del Estado afgano. A pesar de ello, hasta la fecha, a pesar de sus campañas de comunicación y sus esfuerzos notables, aún no han obtenido el reconocimiento como gobierno legítimo por la comunidad internacional, además de tener retenidos sus ingresos en un fondo controlado por la administración americana¹⁰⁰. La falta de reconocimiento por parte del resto de los Estados de este régimen puede ser una manera de mantener una baza para las futuras negociaciones. Desde agosto de 2021 el status quo se mantiene en relación con esta cuestión: el gobierno talibán no ha sido reconocido oficialmente por ningún Estado.

Además, el gobierno talibán también ha de enfrentarse a dificultades para mantener el control y la seguridad del territorio, un aspecto que, si bien les ha proporcionado siempre aliados entre la población afgana, parecía fuera de control, al menos en los primeros meses de su gobierno. Desde sus inicios en él, los talibanes se enfrentan a la amenaza del Ejército Islámico del Khorasan, Isis-k, que ya ha reivindicado algunos atentados con numerosas víctimas¹⁰¹. Paulatinamente el gobierno talibán parece haber disminuido los ataques armados, aunque esta realidad presenta también algunos matices relevantes. UNAMA ha publicado un informe específico sobre el impacto de los explosivos en la vida de los civiles en Afganistán en julio del presente año¹⁰² en el que se pueden apuntar dos tendencias interesantes; 1) por un lado, el descenso significativo de muertes civiles: se han reducido notablemente en este breve periodo de dos años, con 1095 personas fallecidas y 2679 heridas cuando este número podía ser por mes, por ejemplo en 2009, tres veces mayor que el total para los dos años de gobierno talibán; 2) por otro, el surgimiento de una violencia contra civiles dirigida principalmente hacia lugares de culto¹⁰³, minorías (hazari/shia) o como resultado de ataques contra los propios talibanes. Estos últimos se deben principalmente a las fuerzas del Isis-K, que el gobierno talibán trata de tener bajo

100 SAUL, B., “Recognition” and the Taliban’s International Legal Status”, 15 diciembre 2021, International Center for Counter Terrorism, <https://www.icct.nl/publication/recognition-and-talibans-international-legal-status>, consultada en octubre 2023.

101 BLUE, V.J. GIBBONS N., GOLDBAUM C., “ISIS Poses a Growing Threat to New Taliban Government in Afghanistan”, *The New York Times*, 3 noviembre 2021. <https://www.nytimes.com/2021/11/03/world/asia/isis-afghanistan-taliban.html>, consultada en octubre 2023.

102 UNAMA HUMAN RIGHTS, *Impact of improvised explosive devices on civilians in Afghanistan*, 15 August 2021-30 May 2023, 15 pp., 2023.

103 *Ibidem*, p. 8.

control. En definitiva, la población afgana ha visto menos civiles muertos, menos violencia y atentados en algunas zonas del país. Es cierto también que el acceso actual a la información resulta muy difícil dada la falta de transparencia y el acceso a fuentes fidedignas en el interior del Estado, con lo que estos resultados han de observarse teniendo en cuenta estas limitaciones.

Pero para lograr una seguridad efectiva, la población afgana ha de poder tener acceso a alimentos, bebida y otros bienes básicos, además de a la salud. La crisis humanitaria en la que vive sumido el país desde la entrada de los talibanes, no ha hecho más que empeorar. Este es sin duda un notable obstáculo para poder lograr esa “normalidad”, pues no hay dinero disponible para realizar transacciones. Además, las restricciones de derechos de las mujeres afganas, cruciales en una economía como la afgana¹⁰⁴ —un 80% de las pequeñas empresas son gestionadas por ellas— puede redundar en un colapso del sistema. En la actualidad, muchas de ellas se ven obligadas a recurrir a la mendicidad para poder dar de comer a sus familias. También es cierto que, si bien desde diciembre de 2022 las mujeres no pueden acudir a sus centros de trabajo, las empresas han encontrado maneras de obviar estas restricciones, mediante la gestión de tiendas en línea, como apunta el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos en Afganistán¹⁰⁵.

La crisis humanitaria ha sido puesta de relieve tanto por los actores en el terreno, nacionales e internacionales, como UNAMA, como también por otros organismos de las Naciones Unidas, tales como la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) o también el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)¹⁰⁶. Es preciso auspiciar ayuda humanitaria al país, dada la necesidad urgente y la posibilidad ya real de hambrunas en determinadas zonas, dado el gran número de desplazados internos (aproximadamente 3 millones de afganos) debido a los combates de los últimos años¹⁰⁷. La Representante Especial de las Naciones Unidas en Afganistán¹⁰⁸ en septiembre de 2021, establecía la necesidad de: 1) asegurar la ayuda humanitaria a los afganos que la precisen, especialmente garantizando el acceso a ella por parte de las mujeres y niñas, dado que los primeros pasos del gobierno talibán han sido en su contra; 2) reflotar la economía afgana, en la que no hay capital disponible para pagar salarios ni intercambiar bienes o comerciar, incluso para satisfacer las necesidades básicas. Hoy en día esta sigue siendo lamentablemente la situación real de la población afgana que, además, ha sufrido en la zona de Herat un terremoto de magnitud 6,3, dejando miles de víctimas¹⁰⁹. Dos

104 UNITED NATIONS, UNDP Briefing in UN HQ New York, 21 October 2021. <https://media.un.org/en/asset/k1o/k1ol8f42yp>

105 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en el Afganistán*, Richard Bennett, A/HRC/52/84, 52ª proceso de sesiones, 9 febrero 2023, 22 p., párr. 19, p.8.

106 Ver en las respectivas secciones de las páginas web de la Oficina para la Coordinación de los Asuntos Humanitarios (OCHA), <https://www.unocha.org/afghanistan>; también de la Oficina del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, <https://www.undp.org/afghanistan>, consultadas en diciembre 2023.

107 OCHA, Afghanistan Weekly Humanitarian Update (25-31 October 2021). <https://www.unocha.org/afghanistan>, consultada en noviembre 2023.

108 UNAMA, Briefing to the United Nations Security Council by the Secretary-General's Special Representative for Afghanistan, Ms. Deborah Lyons, 9 septiembre 2021.

109 BBC News Mundo, “Las imágenes del devastador terremoto que dejó más de 1.000 muertos en Afganistán”, 9 de octubre 2023, <https://www.bbc.com/mundo/articles/cp3d65rx1j7o>, consultada en octubre 2023.

tercios de la población afgana, aproximadamente 28 millones de personas, necesitan ayuda humanitaria urgente, situación que la prohibición de acceso al trabajo, tanto en ONG como en múltiples sectores de las mujeres, no ha hecho más que empeorar¹¹⁰.

2. La situación de “apartheid de género”

En este contexto, la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad parece haber sido completamente apartada por parte del gobierno talibán. En sus primeras manifestaciones públicas los talibanes pretendían presentar una imagen más moderada en relación con los derechos de las mujeres, afirmando que se respetarían según la tradición islámica o de la *sharía*. Sin duda, esto no es un asunto fácil, dado que hay Estados islámicos, como Indonesia, que no excluye a las mujeres del gobierno —su presidenta es mujer. No parece que su actitud más moderada¹¹¹ se muestre en hechos claros de respeto hacia los derechos que garantiza la Constitución y los tratados internacionales que el país ha ratificado: no hay ninguna mujer en el gobierno actual, no han negociado con las mujeres anteriormente con cargos en el gobierno, ni con asociaciones, han cerrado el acceso a la educación secundaria para las mujeres en la mayoría del país y están a favor de la escuela segregada¹¹². Las universidades estuvieron cerradas en un inicio, no pudiendo las mujeres acceder a ellas¹¹³.

La Constitución del año 2004, que estuvo en vigor hasta agosto de 2021, ha sido abolida. Los talibanes se han remitido a la anterior Constitución de 1964, que han dicho utilizarán en todo aquello que no sea incompatible con la ley islámica. Para ello y para reinstaurar las prácticas autoritarias que garanticen el cumplimiento estricto de dicha ley han vuelto a crear el Ministerio para la Promoción de la Virtud y la Prevención del Vicio, haciendo desaparecer el Ministerio de Asuntos de la Mujer. Son muchas las voces que no confiaron desde el principio en esta visión de los talibanes más moderados que antaño¹¹⁴.

El hecho de que en Afganistán haya tradiciones culturales de corte patriarcal¹¹⁵, no implica que las mujeres y las niñas del país no puedan aspirar a que sus derechos humanos se respeten.

Se puede consultar en la página web de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas, (OCHA). <https://www.unocha.org/afghanistan>, consultada en octubre 2023.

110 Ibidem.

111 REQUENA, P., “Afganistán año dos: crisis humanitaria, violación de los derechos humanos y apartheid de género”, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Opinión 78/2023, 28 septiembre 2023, https://www.ieee.es/en/contenido/noticias/2023/09/DIEEE078_2023_PILREQ_Afganistan.html, consultada en octubre 2023.

112 JOSHI, M., OLSSON L., “What’s Next For Women’s Rights In Afghanistan?”, *Political Violence at a Glance*, septiembre 2021, <https://politicalviolenceataglance.org/2021/09/13/whats-next-for-womens-rights-in-afghanistan/>, consultada en octubre 2023.

113 AMNESTY INTERNATIONAL, “Afghanistan: Taliban must allow girls to return to school immediately – new testimony”, 13 octubre 2021, <https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2021/10/afghanistan-taliban-must-allow-girls-to-return-to-school-immediately-new-testimony/>, consultada en octubre 2023.

114 YOUSUFI F., “The prospect of Women Rights in the Post-Taliban Government Peace Agreement”, *Journal of International Women Studies*, Volume 22, Issue 9, September 2021, pp. 1-18.

115 Por ejemplo, el *baad*, que, a pesar de su prohibición legal, aún no han logrado erradicarse en un Estado en el que el 75% de sus habitantes residen en áreas rurales y aisladas.

Durante los veinte años en los que hubo presencia internacional, se han dado avances en la igualdad de género que muchas mujeres y niñas afganas han experimentado en sus propias vidas y a los que no desean renunciar. Independientemente de las diferencias entre las mujeres afganas de las zonas urbanas, la minoría, y de las zonas rurales, la mayoría, hay estudios que muestran que las mujeres de las zonas rurales tienen una visión de lo que debería ser “normal” para ellas muy distinta a lo que los talibanes u otras fuerzas afganas conservadoras consideran como tal. Para ellas, este término implica un deseo de una mayor libertad de movimiento, educación para sus hijos y también para ellas y una mayor capacidad de influir en su familia y en su sociedad¹¹⁶.

Son muchas las voces que cuestionan en la actualidad la capacidad de los talibanes para poder administrar un Estado como el afgano, lejos de las trincheras y desde los edificios gubernamentales, carentes como parece que están de personas con esta formación¹¹⁷. Su pretendida imagen más moderada frente a su anterior etapa en el gobierno de Afganistán parece responder más a la utilización de técnicas modernas de comunicación que a la realidad¹¹⁸.

Un ejemplo de ello son los testimonios contrarios a esta imagen que han sido presentados por las mujeres afganas que tuvieron un papel relevante, tanto en las instituciones como en la sociedad civil afganas, en el anterior régimen democrático ahora derrocado. Esto sucedió en una sesión del Consejo de Seguridad del 21 de octubre de 2021 en Nueva York. En ella, estas mujeres, ahora en el exilio, afirmaron que los derechos humanos de las mujeres han vuelto a la posición de partida que tenían con el anterior gobierno talibán, incluyendo la libertad de información tan necesaria para poder tener noticias contrastadas. Han solicitado la creación de un mecanismo independiente de verificación de los derechos humanos en el país, auspiciado por la comunidad internacional¹¹⁹.

116 VAN BIJLERT, M., *Between Hope and Fear: Rural Afghan women talk about peace and war*, Afghanistan Analysts Network, Special Report, July 2021, 76 pp. “Most of all, the conversations challenged the idea that women in rural areas are satisfied by what is often portrayed as ‘normal’ by the Taliban or other Afghan conservatives. Almost every woman we spoke to, regardless of the political stance and level of conservatism that could be gleaned from the answers, expressed a longing for greater freedom of movement, education for their children (and sometimes themselves) and a greater role in their families and wider social circles.”

117 GARRIGUES, J., “Taliban dilemmas”, CIDOB Opinions, Agosto 2021. https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/2021/taliban_dilemmas, consultada en noviembre 2022.

118 BERGER, F., “Taliban’s strategic communications: from “night letters” to Twitter”, Nato Defence College Foundation, 31 agosto 2021. <https://www.natofoundation.org/central-asia/taliban-strategic-communications-from-night-letters-to-twitter/>, consultada en marzo 2023.

119 UNITED NATIONS OPEN DEBATE ON WOMEN, PEACE AND SECURITY, “A New Chapter in Afghanistan: Ensuring Support of Afghan Women & Girls”, acto organizado en el marco del debate institucional por el Georgetown Institute for Women, Peace and Security, 21 octubre 2021. <https://media.un.org/en/webtv>, consultada en octubre 2023.

Las participantes en este evento eran las siguientes mujeres: Fawzia Koofi, Former Member of the Afghan Parliament, Vice President of the National Assembly, and Member of the Negotiation Team of the Islamic Republic of Afghanistan, Naheed Farid, Former Member of the Afghan Parliament, Anisa Shaheed, Journalist, Tolo News, Asila Wardak, Founder, Afghan Women’s Network, Mariam Safi, Founding Director, Organization for Policy Research and Development Studies. Closing remarks: H.E. Mette Knudsen,

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el órgano encargado de monitorizar el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos, emitió en un primer momento una Resolución del CSNNUU que si bien *destaca la necesidad de investigaciones transparentes y rápidas de todas las denuncias de violaciones y abusos de derechos humanos y violaciones del derecho internacional humanitario cometidos por todas las partes en el conflicto, y de que los responsables rindan cuentas*¹²⁰, no crea ningún mecanismo independiente para poner en marcha dichas investigaciones, como habían pedido abiertamente la Unión Europea, algunos Estados y organizaciones de defensa de los derechos humanos, junto a la sociedad civil afgana¹²¹. Ante la situación en el país, estos han continuado ejerciendo presión a los Estados para que se cree un mecanismo de verificación de la situación de los derechos humanos y finalmente esto ha sucedido¹²². El Consejo de Derechos Humanos ha nombrado a un Relator Especial de la situación de los Derechos Humanos en Afganistán que debía ser desplegado en el país en marzo de 2022¹²³, siéndolo finalmente en mayo de 2022¹²⁴. Cabe resaltar que una de las funciones atribuidas insta a incorporar la perspectiva de género y la de las víctimas, entendiendo la relevancia de este aspecto en Afganistán. Para todo ello, el Relator se apoyará en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Sin duda, este ha sido un paso muy relevante por parte de la comunidad internacional, ya que, en ese mismo año, se pudo comprobar claramente que esa imagen moderada o la petición de paciencia para poder permitir que las mujeres y las niñas afganas pudieran realizar su vida pública con seguridad, no eran más que una pantalla para cubrir sus verdaderas intenciones. Lamenta-

Deputy Special Representative (Political) for Afghanistan in the United Nations Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA), Dr. Sima Sami Bahous, Executive Director of UN Women.

120 A/HRC/RES/S31/1, 26 agosto de 2021, párr. 8

121 Al respecto se pueden consultar varias fuentes: VELICER, I., “UN rights council: No international human rights mechanism for Afghanistan”, *Geneva Solutions*, 24 agosto 2021, <https://genevasolutions.news/peace-humanitarian/un-rights-council-no-international-human-rights-mechanism-for-afghanistan>, consultada en octubre 2021. IFHR, “Afghanistan: A disappointing resolution of the Human Rights Council”, International Federation of Human Rights, Press Release, 24.08.2021, <https://www.fidh.org/en/region/asia/afghanistan/un-independent-investigative-mechanism-needed-after-disappointing>, consultada en octubre 2023.

122 AMNESTY INTERNATIONAL, “Afghanistan: Appointment of Special Rapporteur an important first step towards robust UN oversight of human rights situation”, 7 octubre 2023, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/10/afghanistan-appointment-of-special-rapporteur-an-important-first-step-towards-robust-un-oversight-of-human-rights-situation/>, consultada en octubre 2021. También en Al JAZEERA, “UN to appoint special rapporteur to monitor rights in Afghanistan”, 7 octubre 2023, <https://www.aljazeera.com/news/2021/10/7/un-to-appoint-special-rapporteur-to-monitor-rights-in-afghanistan>, consultada en octubre 2023.

123 A/HRC/48/L.24/Rev.1, 5 octubre 2021, párr. 12.

124 *Ibidem*. El mandato incluye las siguientes funciones: “a) informar sobre la evolución de la situación de los derechos humanos y formular recomendaciones para mejorarla; contribuir al cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos que dimanen de los tratados internacionales que el Afganistán ha ratificado; c) ofrecer apoyo y asesoramiento a la sociedad civil; d) recabar, recibir y examinar la información de todas las partes interesadas en relación con la situación de los derechos humanos en el Afganistán y adoptar las medidas que proceda; e) incorporar una perspectiva de género y un enfoque centrado en las víctimas en toda la labor del mandato; f) presentar un informe escrito al Consejo de Derechos Humanos en su 51er período de sesiones y a la Asamblea General en su septuagésimo séptimo período de sesiones, de conformidad con sus respectivos programas de trabajo”.

blemente este cierto optimismo mostrado por UNAMA en los inicios del gobierno talibán parece desvanecerse en el escenario actual. Una nueva ola de restricciones tuvo lugar entre noviembre y diciembre de 2022, comenzando por prohibir el acceso de las mujeres y de las niñas a los parques, gimnasios y baños públicos de la capital. Después, en diciembre de 2022, prohibieron el acceso a la universidad¹²⁵ y también la realización de actividades de ayuda humanitaria, donde tienen un papel primordial. Estas actuaciones han sido duramente criticadas por la comunidad internacional¹²⁶. También el Comité CEDAW emitió un comunicado¹²⁷ condenando la medida y recordando las obligaciones del gobierno talibán *de facto* bajo los tratados internacionales de Derechos humanos, especialmente la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También llegó a crear incluso divisiones internas entre el propio gobierno talibán *de facto*, donde parece que se impone el ala más regresiva entre los talibanes en relación con los derechos de las mujeres y de las niñas. Una de las reacciones más contundentes frente a esta prohibición procede de la Unión Europea, que ha sancionado directamente al Ministro de Educación responsable de esta iniciativa, bajo el programa de sanciones de derechos humanos.

Richard Bennett, el Relator Especial de la situación de los Derechos Humanos en Afganistán, realizó su primer informe en septiembre de 2022, que presentó ante el Consejo de Derechos Humanos¹²⁸. En él se *expone la evolución de los derechos humanos en el Afganistán desde la caída de la República Islámica del Afganistán el 15 de agosto de 2021, hasta julio de 2022*¹²⁹. Su informe no resulta novedoso en relación con las posibles violaciones de derechos humanos que experimentan las mujeres y las niñas afganas en casi la totalidad de los órdenes de la vida. Según el Relator *en ningún otro país las mujeres y las niñas han desaparecido tan rápidamente de todas las esferas de la vida pública, ni se encuentran tan desfavorecidas en todos los aspectos de su vida. A pesar de ello, las mujeres y las niñas se mantienen firmes en sus esfuerzos por conservar sus derechos y siguen pidiendo que se rindan cuentas*¹³⁰. Este ánimo de resistencia se debe en parte a que, como también reconoce el Relator, y hemos ido esbozando a lo largo de este estudio, en las dos últimas décadas, *Afganistán ha adoptado medidas importantes para que el respeto de los derechos humanos de las mujeres y las niñas sea una realidad*.

Hasta la fecha, el Relator especial para Afganistán ha realizado otros dos informes¹³¹, además de una sesión oral ante el Consejo de Derechos Humanos el 11 de septiembre de 2023. En

125 NOORI, H., “Taliban ban Afghan women from university education”, *The Guardian*, 20 diciembre 2022, <https://www.theguardian.com/world/2022/dec/20/taliban-ban-afghan-women-university-education>, consultada en marzo 2023.

126 BBC, “Afghanistan: Taliban ban women from universities amid condemnation”, 22 diciembre 2022, <https://www.bbc.com/news/world-asia-64045497>, consultado en marzo 2023.

127 COMITÉ CEDAW, “Afghanistan: Banning women and girls from schools and workplace jeopardises entire country, UN committee condemns”, 29 diciembre 2022. <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/12/afghanistan-banning-women-and-girls-schools-and-workplace-jeopardises-entire>, consultada en octubre 2023.

128 A/HRC/51/6, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en el Afganistán, 9 de septiembre de 2022.

129 Ibidem, párrafo 1, p.1.

130 Ibidem, párr.

131 HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Situación de los Derechos Humanos en Afganistán*, A/HRC/52/84, 9 febrero 2023; HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Human Rights Situation in Afghanistan, Report of the Special*

todos ellos resulta relevante el énfasis en recordar que el país forma aún parte del entramado jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el gobierno talibán debe respetar y hacer cumplir estos tratados internacionales. En este sentido, Richard Bennett¹³², en su último informe presentado de manera oral ante el Consejo de Derechos Humanos resaltó de nuevo la situación de *apartheid de género* en la que se encuentra la mitad de la población afgana, instando a que ésta pueda ser reconocida por instancias judiciales internacionales, como la Corte Penal Internacional¹³³.

Por último, hemos de tener en cuenta el mandato de la Resolución CSNNUU 2679¹³⁴ de marzo de 2023, que solicita al Secretario General *una evaluación independiente que proporcione recomendaciones con visión de futuro para un enfoque integrado y coherente entre los actores políticos, humanitarios y de desarrollo relevantes, dentro y fuera del sistema de las Naciones Unidas, a fin de abordar los desafíos actuales que enfrenta Afganistán*. Esta evaluación¹³⁵ fue enviada informalmente a los miembros del Consejo de Seguridad el 9 de noviembre, celebrándose una reunión privada el 28 de noviembre. Resulta de notable interés comprobar que las cuestiones relacionadas con los derechos humanos de las mujeres y de las niñas y la participación de la mujer en las futuras negociaciones entre la comunidad internacional y el gobierno de facto talibán sean consideradas de especial importancia en dicha evaluación¹³⁶. Asimismo, uno de los tres ángulos señalados dentro de la hoja de ruta propuesta para reintegrar a Afganistán en el sistema internacional, es el de exigir al Estado afgano el cumplimiento de las obligaciones jurídicas derivadas de la firma de los tratados internacionales de derechos humanos. Sin nombrar la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad pero sí el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se canalizan también los contenidos de la Agenda y es posible diseñar estrategias que contribuyan a mejorar la situación actual.

CONCLUSIONES

Durante estos veinte años de presencia internacional en Afganistán ha habido avances y se ha tratado de poner en marcha la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad. Sin embargo, son muchos los retos a los que se ha ido enfrentando, haciendo que la Agenda resultara de muy difícil implantación. Son varias las razones por las que no se ha podido traducir a la realidad afgana

*Rapporteur on the situation of human rights in Afghanistan and the Working Group on discrimination against women and girls**

A/HRC/53/21, 20 June 2023, 20 pp.

132 HUMAN RIGHTS COUNCIL, 54TH Session, *Oral update by Richard Bennett, Special Rapporteur on the human rights situation in Afghanistan*, 11 September 2023.

133 Esta situación había sido puesta de relieve en el informe de Junio de 2023, A/HRC/53/21, 20 June 2023, 20 pp, párrs. 95 y 96.

134 NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD, S/RES/2679 (2023), 16 marzo 2023.

135 UNITED NATIONS, SECRETARY GENERAL, S/2023/856, 8 noviembre 2023 (documento no oficial aún). Ver en SECURITY COUNCIL REPORT, “Afghanistan, Private Meeting”, *What's in blue*, 27 noviembre 2023. <https://www.securitycouncilreport.org/whatsinblue/2023/11/afghanistan-private-meeting-and-closed-consultations.php>, consultado en diciembre 2023.

136 Ibidem pps. 3-4.

de una manera más provechosa y entre ellas quizá la más relevante sea la falta de centralidad de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad en las actuaciones tanto de la presencia internacional —las sucesivas misiones de la OTAN como de las Naciones Unidas, por medio de UNAMA— como del Estado afgano.

El mandato de la ISAF se dirigió inicialmente a asegurar Kabul y sus alrededores y permitir el trabajo de la Misión de las Naciones Unidas y su personal. Luego, se extendió a todo el país, pero su cometido en materia de la Agenda nunca fue lo suficientemente claro ni estuvo dotado de los recursos necesarios. Su estrategia se dirigía hacia la contrainsurgencia y el enfoque de género se utilizaba con este fin primordialmente. No obstante, en la segunda fase de la intervención, el asesoramiento a los cuerpos de seguridad afganos sí adoptó la perspectiva de género de la Agenda en relación con una mayor integración de mujeres en ellos, pero esto implicó una mera incorporación de las mujeres a ciertos sectores y no a una transversalidad de las cuestiones de género aplicada a la estructura de mando.

Además, la continua existencia de zonas hostiles donde los talibanes y otras facciones de los antiguos muyahidines seguían controlando parte del territorio perjudicaba el ejercicio efectivo de sus derechos por parte de las mujeres y de las niñas afganas. A ello se suma la estructura compleja de la intervención de la comunidad internacional, un tablero de ajedrez con múltiples actores con agendas y mandatos en teoría complementarios, pero en la práctica con muchas zonas de difícil o imposible coordinación.

No obstante, a pesar de las dificultades señaladas, la Agenda se puso en práctica desde su enfoque en los derechos civiles y políticos, permitiendo y favoreciendo la participación de las mujeres en los órganos políticos de representación, como la *Loya Jirga*, además de en numerosos ámbitos, como el de la Administración Pública, la educación y la salud. Esto ha permitido y favorecido la creación de redes sociales y comunitarias de apoyo a la causa de la mujer y a procurar que esta tenga una mayor participación en la sociedad. Este es uno de los logros de la aplicación de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad instrumentalizada en los dos Planes Nacionales afganos. Pero no tuvo en cuenta otros aspectos culturales, como la relevancia de la comunidad sobre el individuo en la cultura local que, si bien se diluye en las zonas urbanas de Kabul y alrededores, no han permitido su implantación en otras partes del país. A pesar de ello, no se debe olvidar que una generación de mujeres y niñas afganas ha logrado acceder a la educación, al empleo y a la libertad de circulación; aún se encuentran allí y desean que su causa no quede en el olvido, porque ya saben que es posible vivir en su país con el disfrute de los derechos humanos.

Afganistán lleva décadas inmerso en una dinámica de conflicto armado, con intervenciones internacionales constantes a lo largo del pasado y presente siglo. Se han logrado algunos avances en el marco legislativo y jurídico en esta última intervención, aunque parece que estos han sido la base de un efecto péndulo de reacción de las fuerzas conservadoras dentro del propio país. Esto tiene enormes repercusiones sobre la puesta en práctica de la Agenda, especialmente en sus vertientes de prevención y de asistencia humanitaria. La Agenda debería haberse situado en el centro de las negociaciones de paz para que sus eventuales logros pudieran tener continuidad y no ha sido así.

En definitiva, la comunidad internacional es responsable de tratar de introducir la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad en sus futuras negociaciones con el gobierno talibán. Para ello habrán de utilizar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado afgano, aún en vigor, siguiendo de cerca el trabajo del Relator especial y sus denuncias en relación con el posible “apartheid de género”. UNAMA ha seguido trabajando con el gobierno *de facto* talibán para tratar de hacer llegar las voces de las mujeres afganas, aún organizadas a pesar de las graves restricciones de sus derechos humanos. La comunidad internacional, por medio de UNAMA y de otras organizaciones del sistema de Naciones Unidas, además de las organizaciones de la sociedad civil organizada, debe servir de enlace entre éstas y el actual gobierno, para tratar de mantener viva algunas de las premisas básicas de la Agenda, como la prevención, la participación o mismamente la ayuda humanitaria, donde las mujeres tienen un relevante papel. La reciente evaluación independiente que requería la Resolución CSNNUU 2679 precisamente incorpora la obligación de cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos firmados por Afganistán (con especial referencia a los derechos humanos de las mujeres y las niñas) como uno de los ángulos principales de la hoja de ruta diseñada para devolver al país a la comunidad internacional: esto no debería suceder sin que los derechos humanos de las mujeres y de las niñas afganas sean respetados. Esperemos que el Consejo de Seguridad se pronuncie avalando estas recomendaciones.

MARCO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y USOS MILITARES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA UE

FRAMEWORK OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND MILITARY USES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE EU

FRANCISCO LAMAS LÓPEZ*
ALFONSO PERALTA GUTIÉRREZ**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DEFINICIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. III. PRINCIPIOS RECTORES. IV. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL APLICABLE AL ÁMBITO MILITAR. V. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

RESUMEN: Este texto discute los problemas éticos y legales de usar Inteligencia Artificial (IA) en contextos militares. Es necesario tener una IA confiable que respete los derechos fundamentales, regulaciones y valores centrales, evitando causar daño no intencional. Los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía, justicia y explicabilidad proporcionan un marco para lograr una IA confiable. Es importante que el control humano sobre la IA garantice responsabilidad, supervisión y rendición de cuentas, y se aboga por un marco global para el uso de la IA que refleje el derecho humanitario internacional. El desarrollo y uso de Sistemas de Armas Autónomas Letales (LAWS) sin un control humano significativo es una gran preocupación y debe ser regulado para garantizar transparencia y regulación adecuada. La UE debería liderar la promoción de una estrategia integral sobre IA y defensa que enfatice la necesidad de una supervisión y control humano significativos. La regulación de la robótica y la IA debería reflejar los valores humanistas europeos y universales.

ABSTRACT: *This paper discusses the ethical and legal issues of using Artificial Intelligence (AI) in military contexts. It emphasizes the need for trustworthy AI that respects fundamental rights, regulations, and core values while avoiding unintentional harm. The principles of beneficence, non-maleficence, autonomy, justice, and explicability provide a framework for achieving trustworthy AI. The paper highlights the importance of human control over AI to ensure responsibility, oversight, and accountability and advocates for a global framework for the use of AI that reflects international humanitarian law. The development and use of Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS) without significant human control is a major concern and must be regulated to ensure transparency and proper regulation. The EU should take the lead in promoting a comprehensive strategy on AI and defence that emphasizes the need for meaningful human oversight and control. The regulation of robotics and AI should reflect European and universal humanist values.*

PALABRAS CLAVE: IA confiable, Usos militares de la IA, Derecho internacional público, Control humano, Regulaciones, Liderazgo de la UE, Sistemas de Armas Autónomas Letales (LAWS)

Fecha de recepción del trabajo: 25 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 9 de noviembre de 2023.

* Alférez de navío del Cuerpo de Ingenieros de la Armada. Doctor ENPC ParisTech. Responsable Técnico del Centro de Supervisión y Análisis de Datos de la Armada (CESADAR), Arsenal de Cartagena. Profesor *Computing and Artificial Intelligence Laboratory* (CAILab), Facultad de Ciencia y Tecnología. Universidad Camilo José Cela. Email: francisco.lamas@ucjc.edu

** Juez Especialista en IA y derecho digital. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Guadix Poder Judicial español. Investigador predoctoral en Universidad de Granada. Email: a.peralta@poderjudicial.es

KEYWORDS: *Trustworthy AI, AI Military uses, International public law, Human control, Regulations, EU leadership, Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS)*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo pretendemos analizar el estado del arte de las implicaciones éticas y legales del uso de la inteligencia artificial (IA) en contextos militares, haciendo hincapié en la necesidad de una IA confiable que respete los derechos y regulaciones fundamentales. Como metodología se ha elaborado a partir de una revisión exhaustiva de los instrumentos normativos internacionales existentes sobre el uso de la IA en contextos militares y el marco jurídico internacional aplicable. Se parte de una definición de inteligencia artificial y una identificación de los principios rectores éticos de la misma, para una mayor profundización en el estado de la cuestión del marco jurídico internacional aplicable al ámbito militar a través de un análisis documental. Con ello, se pretende identificar los principios rectores y las mejores prácticas para garantizar que la IA se utilice de manera responsable y ética en el ámbito militar y acabar formulando unas ‘*Conclusiones y Perspectivas futuras*’.

La razón de la elección de esta temática se debe a la presentación de este trabajo conjunto en el taller de la Agencia Europea de Defensa (EDA, por sus siglas en inglés) de la Comisión Europea titulado “*Trustworthy AI for Defence*” (IA confiable para Defensa) celebrado entre los días 5 al 7 de septiembre en Bruselas y defendido por el coautor Francisco Lamas López. Los resultados obtenidos en esta investigación corresponden a un nivel exploratorio y descriptivo. Esto es, una primera aproximación sobre el diseño normativo relativo a las leyes de la guerra concernientes al uso de la IA, las pruebas de concepto necesarias sobre soluciones técnicas éticas aplicadas a defensa y en última instancia el sistema de asunción de responsabilidades en caso de ausencia de supervisión humana.

El desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA), la robótica y las tecnologías relacionadas está avanzando rápidamente y puede afectar directamente todos los aspectos de nuestras sociedades, incluyendo los valores y principios fundamentales. Por lo tanto, la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros tienen la responsabilidad de asegurarse de que estas tecnologías se centren en lo humano, concebidas principalmente para ser utilizadas en servicio de la humanidad y el bien común, y que contribuyan al bienestar e interés general de sus ciudadanos. Es esencial proporcionar un marco legal adecuado y completo que aborde los aspectos éticos de estas tecnologías, así como la responsabilidad, transparencia y rendición de cuentas, especialmente para la IA, la robótica y las tecnologías relacionadas consideradas de alto riesgo. Este marco debe reflejar los valores humanistas europeos y universales inherentes que son aplicables a toda la cadena de valor en el desarrollo, implementación y uso de la IA.

La orientación ética es un buen punto de partida, pero no es suficiente para garantizar que las empresas actúen de manera justa y aseguren una protección efectiva de las personas. Por lo tanto, se necesita un análisis para determinar hasta qué punto las normas del derecho internacional se adaptan a estas tecnologías y destacar los desafíos y riesgos que representan para la autoridad del Estado, con el objetivo de poder ser gestionados adecuadamente y proporcionalmente. Un enfoque europeo armonizado sobre estos temas requiere la adopción de una definición

común de “IA” y la garantía de que se respeten los valores fundamentales de la UE, los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales y la legislación internacional de derechos humanos. En este sentido, la Comisión Europea debe considerar tanto los aspectos civiles como militares del uso de la IA en su Libro Blanco.

La creación de un marco legal europeo para la IA y la robótica puede garantizar la certeza jurídica y la protección de los derechos humanos y, al mismo tiempo, fomentar la innovación y la competitividad de las empresas europeas en este campo. Asimismo, la UE debe desempeñar un papel líder en la gobernanza global de la IA y la robótica, ya que es un problema que afecta a todo el mundo y la UE tiene una responsabilidad particular de asegurar que se respeten los derechos humanos y la dignidad humana en el desarrollo y uso de estas tecnologías. Y es que como describe COTINO HUESO (2019)¹ es precisamente en la UE donde se apuesta por una ética confiable de la IA en el diseño y ‘*made in Europe*’, para posicionarse frente a Estados Unidos y especialmente China.

También debe trabajar en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales pertinentes, como la ONU y el Consejo de Europa, para desarrollar normas y principios internacionales para la IA y la robótica y promover el diálogo internacional para abordar cuestiones éticas, legales y de seguridad en este ámbito.

II. DEFINICIÓN DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La Comisión Europea proporcionó una definición de Inteligencia Artificial en el libro blanco de la IA (COMISIÓN EUROPEA, 2020²) y se refiere a ella como sistemas que muestran un comportamiento inteligente al analizar su entorno y tomar acciones para lograr objetivos específicos, con cierto grado de autonomía. Estos sistemas pueden ser puramente basados en software, actuando en el mundo virtual, o estar integrados en dispositivos de hardware como robots o automóviles autónomos. Es decir, se puede afirmar tras esta definición que la IA es una disciplina que se enfoca en crear sistemas y programas capaces de simular funciones cognitivas y conductuales humanas, como la percepción, el razonamiento y el aprendizaje. Hay que subrayar que esta tecnología ha experimentado un rápido avance en los últimos años y está presente en varios campos, desde la robótica y el procesamiento de datos hasta la atención médica y la conducción autónoma.

En el contexto legal, la IA plantea diversos desafíos en términos de su regulación y uso responsable. La Comisión Europea ha identificado la necesidad de una estrategia integral para la IA que promueva su desarrollo al tiempo que garantiza la protección de los derechos fundamentales y la seguridad de los ciudadanos. En este sentido, la Directiva 2016/679 del Parlamento

-
- 1 COTINO HUESO, L., “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho,” *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, pp. 29-48. DOI: doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303
 - 2 COMISIÓN EUROPEA, “Libro blanco sobre inteligencia artificial: Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza”, 2020, https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en

Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (GDPR) (*PARLAMENTO EUROPEO, 2016*³) establece los principios de protección de datos personales que deben ser respetados por cualquier tecnología, incluyendo la IA.

Además, la Unión Europea ha publicado una serie de recomendaciones no vinculantes para el diseño ético y responsable de los sistemas de IA, incluyendo la necesidad de garantizar la transparencia y la responsabilidad en el proceso de toma de decisiones, la inclusión de salvaguardas para prevenir la discriminación y la promoción de la confianza y la seguridad. Estas recomendaciones se reflejan en el Libro Blanco sobre IA de la Comisión Europea, publicado en 2020 (*COMISIÓN EUROPEA, 2020*⁴).

A nivel internacional, la IA también ha recibido atención de las Naciones Unidas (ONU), que ha publicado un conjunto de directrices éticas para la IA en el informe “*Ética en la Inteligencia Artificial*” (*NACIONES UNIDAS, 2019*⁵). Estas directrices establecen principios generales como la no maleficencia, la transparencia y la responsabilidad, así como recomendaciones específicas para su aplicación en diversos campos, como la salud, la educación y la justicia. Por parte de la UNESCO, también se ha publicado la “Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial” (UNESCO 2021)⁶, el que se considera que fue el primer marco normativo universal sobre ética de la IA en la medida en que competen al mandato de la UNESCO y que aborda la ética de la IA como una reflexión normativa sistemática, basada en un marco integral, global, multicultural y evolutivo de valores, principios y acciones interdependientes. Fue adoptado por los 193 Estados miembros de la UNESCO en noviembre de 2021. Ese mismo año, como parte de su labor en materia de tecnología y derechos humanos, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU publicó un informe (ACNUDH 2021)⁷ en el que se analiza cómo la IA —incluidas la elaboración automática de perfiles, la toma de decisiones y otras tecnologías de aprendizaje para las máquinas— afecta al derecho a la intimidad y a otros derechos, incluidos los relativos a la salud, la educación, la libertad de movimiento, la libertad de reunión y asociación pacífica, y la libertad de expresión.

Por lo tanto, es importante reconocer que la IA es una tecnología con un enorme potencial, pero también presenta importantes desafíos legales y éticos. La regulación debe equilibrar la

3 PARLAMENTO EUROPEO, Directive 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Consejo de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, 2016, pp. 1-88.

4 COMISIÓN EUROPEA, “Libro blanco sobre inteligencia artificial: Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza”, 2020, https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en

5 NACIONES UNIDAS, “Ethics in artificial intelligence: Report of the Secretary-General”, 2019. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/74/260>

6 UNESCO, “Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”, 2021. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa.locale=es

7 ACNUDH, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. “Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. The right to privacy in the digital age”, 2021. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session48/Documents/A_HRC_48_31_AdvanceEditedVersion.docx

protección de los derechos fundamentales con la promoción de la innovación y el desarrollo económico. Las regulaciones europeas y los estándares internacionales proporcionan un marco de principios y recomendaciones para el diseño responsable de la IA que deben ser considerados por todas las partes involucradas en su desarrollo y uso.

III. PRINCIPIOS RECTORES

Según el Grupo de Expertos de Alto Nivel en Inteligencia Artificial (AI-HLEG) (*COMISIÓN EUROPEA, 2018*⁸), la IA confiable tiene dos componentes: debe respetar los derechos fundamentales, la regulación aplicable y los principios y valores fundamentales, asegurando un “propósito ético”, y debe ser técnicamente sólida y confiable, ya que, incluso con buenas intenciones, la falta de dominio tecnológico puede causar daños no intencionales. Si leemos el AI-HLEG (*COMISIÓN EUROPEA, 2018*), 2018, los principios y valores en el contexto de la IA podrían resumirse en lo siguiente:

- **El principio de Beneficencia:** “*Hacer el bien*”: Los sistemas de IA deben diseñarse y desarrollarse para mejorar el bienestar individual y colectivo. Los sistemas de IA pueden hacerlo generando prosperidad, creación de valor, maximización de la riqueza y sostenibilidad.
- **El principio de No maleficencia:** “*No hacer daño*”: Los sistemas de IA no deben dañar a los seres humanos. Por diseño, los sistemas de IA deben proteger la dignidad, integridad, libertad, privacidad, seguridad y protección de los seres humanos en la sociedad y en el trabajo. Los sistemas de IA no deben amenazar el proceso democrático, la libertad de expresión, las libertades de identidad ni la posibilidad de rechazar servicios de IA.
- **El principio de Autonomía:** “*Preservar la agencia humana*”: La autonomía de los seres humanos en el contexto del desarrollo de la IA significa libertad de subordinación o coerción por parte de los sistemas de IA. Los seres humanos que interactúan con sistemas de IA deben mantener una autodeterminación plena y efectiva sobre sí mismos. Además, para garantizar la agencia humana, se deben establecer sistemas que aseguren la responsabilidad y la rendición de cuentas.
- **El principio de Justicia:** “*Ser justo*”: Los desarrolladores e implementadores deben asegurarse de que los individuos y los grupos minoritarios mantengan la libertad de sesgo, estigmatización y discriminación.
- **El principio de Explicabilidad:** “*Operar de manera transparente*”: La transparencia es clave para construir y mantener la confianza de los ciudadanos en los desarrolladores de sistemas de IA y en los propios sistemas de IA. Tanto la transparencia tecnológica como la del modelo de negocio son importantes desde un punto de vista

8 COMISIÓN EUROPEA, “*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI-HLEG). Draft Ethics Guidelines for Trustworthy AI*”, Dirección General de Comunicación, 2018. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai>

ético. La transparencia tecnológica implica que los sistemas de IA sean auditables, comprensibles e inteligibles por seres humanos en diferentes niveles de comprensión y experiencia.

Lograr una IA confiable significa que los principios generales y abstractos deben ser mapeados en requisitos concretos para los sistemas y aplicaciones de IA. Los diez requisitos enumerados a continuación por el AI-HLEG (*COMISIÓN EUROPEA, 2018*) se derivan de los principios y valores fundamentales. Si bien todos son igualmente importantes, en diferentes dominios de aplicación e industrias, este contexto específico necesita estos requisitos:

1. Responsabilidad
2. Gobierno de Datos
3. Diseño para todos
4. Gobierno de la autonomía de la IA (Supervisión humana)
5. No discriminación
6. Respeto de la autonomía humana
7. Respeto por la privacidad
8. Robustez
9. Seguridad
10. Transparencia

IV. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL APLICABLE AL ÁMBITO MILITAR

La inteligencia artificial (IA) está revolucionando el mundo y puede ser aplicada en varios campos, incluyendo el militar. Los avances en IA, robótica y tecnologías “autónomas” han planteado una serie de cuestiones éticas cada vez más complejas y apremiantes. El AI-HLEG, Grupo Europeo sobre Ética en la Ciencia y las Nuevas Tecnologías (*COMISIÓN EUROPEA, 2020*), ha identificado preocupaciones sobre seguridad, prevención del daño y mitigación del riesgo. Además, han surgido preguntas sobre la responsabilidad moral humana. Estas tecnologías también plantean interrogantes sobre gobernanza, regulación, diseño, desarrollo, inspección, monitoreo, pruebas y certificación. La toma de decisiones democrática también es un tema crucial, que abarca decisiones sobre instituciones, políticas y valores subyacentes. Por último, es importante abordar cuestiones sobre la explicabilidad y transparencia de la IA y los sistemas “autónomos”.

En cuanto al uso militar, los *Sistemas de Armas Autónomas Letales (LAWS, por sus siglas en inglés)* son definidos por el AI-HLEG (*COMISIÓN EUROPEA, 2018*) como armas que pueden operar sin un control humano significativo sobre las funciones críticas de seleccionar y atacar objetivos individuales. Si nos centramos en el ámbito militar y en los *LAWS*, hay un

amplio consenso en que el “*Control Humano Significativo*” es esencial para la responsabilidad moral. Esto significa que los humanos —y no las computadoras y sus algoritmos— deben mantener en última instancia el control y, por lo tanto, ser moralmente responsables.

1. Cuestiones de interpretación y aplicación del derecho internacional por la UE en las áreas de uso civil y militar y de autoridad estatal.

En particular, tratando sobre el uso de armas que involucren el uso de IA, una persona debe tener en todo momento los medios para corregir su curso, detenerla o desactivarla en caso de comportamiento imprevisto, intervención accidental, ciberataque o interferencia de terceros con tecnología basada en IA, o cuando terceros adquieren tal tecnología. Esto se destaca en la resolución del Parlamento Europeo del 20 de enero (2020/2013(INI)) (2021/C456/04) (PARLAMENTO EUROPEO, 2021⁹).

Esto plantea preocupaciones éticas fundamentales, como el hecho de que puede llevar a una carrera armamentista incontrolable a un nivel histórico sin precedentes, y puede crear contextos militares en los que se renuncia casi por completo al control humano y no se abordan los riesgos de mal funcionamiento. También se enfatiza la importancia de respetar el derecho internacional público, especialmente el derecho humanitario, que se aplica inequívocamente a todos los sistemas de armas y sus operadores. En este sentido debemos recordar que fruto de los distintos tratados y acuerdos internacionales y en especial los Convenios de Ginebra del Comité Internacional de la Cruz Roja en 1949 (CICR, 2019¹⁰) existen, al menos, 6 principios que se posicionan como la base del DIH que son: humanidad, distinción, limitación, precaución, necesidad militar y, proporcionalidad. Los Estados miembros deben cumplir con este requisito fundamental de proteger a la población civil o tomar medidas de precaución en caso de un ataque, ya sea militar o cibernético. La IA y las tecnologías relacionadas también pueden desempeñar un papel en la guerra irregular o no convencional.

Además, la resolución destaca que el uso de la inteligencia artificial (IA) brinda una oportunidad para fortalecer la seguridad de la Unión Europea (UE) y sus ciudadanos. Es esencial que la UE adopte un enfoque integrado en futuras discusiones internacionales sobre este tema. El Parlamento Europeo ha solicitado el desarrollo urgente de una posición legalmente vinculante común que aborde cuestiones éticas y legales de control humano, supervisión, responsabilidad e implementación de la ley internacional de derechos humanos, la ley humanitaria internacional y las estrategias militares.

Al reconocer que la dinámica de la moderna carrera armamentista entre los grandes estados militares para el desarrollo de sistemas de armas autónomos está superando el progreso en

9 PARLAMENTO EUROPEO, Resolución (2020/2013(INI)) (2021/C 456/04), P9_TA(2021)0009 “*Inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y de aplicación del Derecho internacional*”, Resolución del Parlamento Europeo del 20 de enero de 2021 sobre inteligencia artificial: cuestiones de interpretación y aplicación del derecho internacional en la medida en que la UE se ve afectada en las áreas de usos civiles y militares y de autoridad estatal fuera del ámbito de la justicia penal, 2021.

10 CICR, Comité internacional de la Cruz Roja. (1949). Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

términos de normas comunes y marcos legales y su implementación y aplicación efectiva y universal, la comunidad de investigación de IA también debe integrar este principio en todos los sistemas basados en IA destinados para uso militar. En este sentido, ninguna autoridad puede derogar de tales principios o certificar dichos sistemas. Se reitera que la toma de decisiones autónomas no debe eximir a los humanos de su responsabilidad. Siempre, los individuos deben ser los responsables finales de los procesos de toma de decisiones para que la persona responsable de una decisión pueda ser identificada. Este enfoque es crucial para garantizar que las decisiones relacionadas con la seguridad y la defensa estén sujetas a control y responsabilidad humanos. La Resolución del Parlamento Europeo del 12 de febrero de 2021 sobre una estrategia europea para la inteligencia artificial (2020/2012(INI)) (PARLAMENTO EUROPEO, 2020)¹¹ establece principios importantes para el uso de la IA en los ámbitos militar y civil. Es esencial que la IA esté sujeta a un control humano adecuado, que se respete la ley internacional pública, que se apliquen las mismas condiciones para el uso de la IA en conflictos convencionales y no convencionales. Dentro de las no convencionales, como por ejemplo la “Zona Gris”¹² (“*Grey Zone*”), se refiere a un espacio o área de conflicto en la que las líneas entre la guerra y la paz no están claramente definidas. Dentro de las acciones de guerra no convencional también están encuadradas aquellas denominadas amenazas asimétricas, como el terrorismo, los ciberataques o las operaciones de desinformación o guerra psicológica (que no se adaptan estrictamente a una declaración formal de guerra entre estados). Para ello, la UE requiere adoptar un enfoque integrado en futuras discusiones internacionales y que la toma de decisiones autónomas no exima a los humanos de su responsabilidad. Y es que la inteligencia artificial y el uso innovador tecnologías emergentes, como argumenta ARGUMOSA (2019)¹³ están íntimamente relacionadas con el concepto de guerra híbrida, al igual que los ataques informáticos o el empleo de la desinformación. De igual manera GALÁN (2018)¹⁴ incluye la explotación de las vulnerabilidades tecnológicas dentro del concepto de conflicto híbrido. Este enfoque es crucial para garantizar que la IA se utilice de manera responsable y ética en los ámbitos militar y civil. A pesar de que somos conscientes de que como afirma MOLINER GONZÁLEZ (2019)¹⁵, la dificultad de atribuir por ejemplo a los ataques cibernéticos la condición de acto de guerra.

11 PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo (2020/2012(INI)), de 12 de febrero de 2021, sobre “Una estrategia europea para la inteligencia artificial”, 2020.

12 En la “*Grey Zone*”, los actores estatales y no estatales pueden llevar a cabo actividades que están por debajo del umbral de una guerra abierta, pero teniendo un impacto significativo en la seguridad y la estabilidad. La guerra no convencional se encuentra frecuentemente en la zona gris, ya que implica el uso de métodos que no son plenamente militares pero que tienen la intención de lograr objetivos políticos y estratégicos.

13 ARGUMOSA PILA, J., “El discurso de la «Guerra Híbrida», Informe Cátedra de Estudios Estratégicos del Instituto Europeo de Estudios Internacionales, Madrid, 2019. Disponible en <https://www.ieeiweb.eu/wp-content/uploads/2019/01/INFORME-CATEDRA-ESTUDIOS-ESTRATEGICOS-ENERO-2019.pdf>

14 GALÁN, C., Amenazas híbridas: nuevas herramientas para viejas aspiraciones, Documento de trabajo 20/2018, Real Instituto Elcano, 2018

15 MOLINER GONZÁLEZ, J. A., La inteligencia artificial, aplicada a la defensa, Desafíos éticos en el uso militar de la inteligencia artificial. Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos. Colecciones: Seguridad y Defensa, nº 79 2019, , p. 129.

El Parlamento Europeo evaluó la necesidad de un control humano adecuado en el uso de la inteligencia artificial en contextos militares y civiles. El objetivo es garantizar que siempre haya un humano disponible para corregir el curso de la IA, detenerla o desactivarla en caso de comportamiento imprevisto, ciberataque o interferencia de terceros. Además, se enfatiza la importancia de respetar el derecho internacional público, especialmente en lo que respecta al derecho humanitario, que debe aplicarse inequívocamente a todos los sistemas de armas y sus operadores. Se debe destacar que la IA y las tecnologías relacionadas pueden desempeñar un papel capital en la guerra irregular o no convencional (como las descritas en el anterior párrafo). En el documento de la UE, Acción Externa, del 13 de junio de 2018, denominado “Una Europa que protege: Contraatacar las amenazas híbridas”¹⁶ se expresa que *“las amenazas híbridas combinan actividades convencionales y no convencionales, militares y no militares que pueden ser utilizadas de manera coordinada por actores estatales o no estatales para lograr objetivos políticos específicos. Las campañas híbridas son multidimensionales, combinan medidas coercitivas y subversivas, utilizando herramientas y tácticas tanto convencionales como no convencionales. Están diseñados para ser difíciles de detectar o atribuir. Estas amenazas apuntan a vulnerabilidades críticas y buscan crear confusión para dificultar la toma de decisiones rápida y efectiva”*.

En igual sentido la COMISIÓN EUROPEA (2017)¹⁷ en el “Informe conjunto al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas” (2017) el cual en su Acción 12 da una especial importancia a aspectos cibernéticos de las amenazas híbridas. Por lo tanto, se propone que la investigación, el desarrollo y el uso de la IA en tales casos estén sujetos a las mismas condiciones que las establecidas para su uso en conflictos convencionales.

Es esencial que la UE adopte un enfoque integrado en futuras discusiones internacionales sobre la inteligencia artificial, destacando que la toma de decisiones autónomas no debe eximir a los seres humanos de su responsabilidad. Las personas siempre deben ser las responsables últimas de los procesos de toma de decisiones, de manera que se pueda identificar al ser humano responsable de una decisión.

En cuanto al uso de la inteligencia artificial en el entrenamiento y ejercicios militares, el informe reconoce su potencial, especialmente en vista de los ejercicios duales civil-militar de la UE. Sin embargo, destaca la necesidad de tener en cuenta los posibles riesgos durante todas las fases de diseño, desarrollo, pruebas, implementación y uso de sistemas basados en IA, en particular con respecto a las víctimas civiles accidentales, lesiones, pérdida de vidas y daños a la infraestructura civil, así como los riesgos relacionados con intervenciones no intencionales, manipulación, proliferación, ciberataques, interferencia de terceros con tecnología autónoma basada en IA o la adquisición de dicha tecnología por parte de terceros. La Unión Europea debería contribuir a la creación de un marco legal internacional para el uso de la inteligencia

16 ACCIÓN EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA, “A Europe that Protects: Countering Hybrid Threats”, 2018.

17 COMISIÓN EUROPEA, informe Ref: JOIN/2017/030 final: Informe Conjunto al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a “La aplicación de la Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas – Una respuesta de la Unión Europea”, 2017.

artificial, especialmente en los ámbitos militares, garantizando que se mantengan dentro de los límites establecidos por el derecho internacional y el derecho humanitario internacional, en particular las Convenciones de Ginebra de 1949 (CICR¹⁸) y sus Protocolos Adicionales de 1977^{19/20}. Además, este marco debe estar en línea con los estándares de seguridad y los requisitos de protección al consumidor y nunca debe infringir o permitir violaciones de los dictados de la conciencia pública y la humanidad, tal como se establece en la cláusula Martens. Así lo establece el epígrafe 15 de la supracitada resolución del Parlamento Europeo del 20 de enero (2020/2013(INI)) (2021/C456/04) PARLAMENTO EUROPEO, 2021) que debemos poner en relación con el Informe de la ONU del Comité de Derecho Internacional de 1994 A/49/10²¹, según el cual, a la vista de tratados o acuerdos internacionales que regulen específicamente el uso militar de la inteligencia artificial, *“las personas civiles y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho internacional preconizados por los usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública”*. Como sabemos, esta idea sería recogida en 1899 por Frederic de Martens, quien indicó que las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos de los principios de humanidad y de los dictados por la conciencia pública. La denominada, como Cláusula de MARTENS que fue consagrada en el artículo 1.2 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1977.

La UE, junto con la ONU y la comunidad internacional, deberán liderar la promoción de este marco global para el uso de la IA, definiendo sistemas sólidos de monitoreo y evaluación para el desarrollo de tecnologías de IA, especialmente aquellas utilizadas con fines militares en estados autoritarios. Es importante destacar que cualquier robot de acción remota o de ayuda a la decisión basada en registro y tratamiento de datos utilizando modelos de IA (en su sentido amplio) no solo permitirá potencialmente mantener al personal militar a distancia del entorno donde se desenvuelve una acción, sino que también proporcionará una mejor protección personal en un escenario de guerra, así como por ejemplo en operaciones en entornos contaminados, extinción de incendios, desminado en tierra o en el mar, o defensa contra enjambres de drones. Se establece que, además de apoyar las operaciones, la IA también beneficiará al personal de las fuerzas armadas al procesar masivamente sus datos de salud y ampliar el alcance del monitoreo de la salud, identificar factores de riesgo relacionados con su entorno y condiciones de trabajo y proponer salvaguardas adecuadas para limitar el daño a su salud.

En el desarrollo, despliegue, uso y gestión de la inteligencia artificial, deben respetarse los derechos fundamentales, valores y libertades consagrados en los Tratados de la UE (Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Por lo tanto, los Estados miembros no deben desplegar sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo que representen una amenaza para los derechos fundamentales. Los riesgos para los derechos fundamentales

18 CICR, Comité Internacional de la Cruz Roja. Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949

19 CICR, Comité internacional de la Cruz Roja. Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

20 CICR, Comité Internacional de la Cruz Roja. Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

21 ONU, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46.º período de sesiones (2 de mayo-22 de julio de 1994) 1994, GAOR A/49/10, p. 317.

que puedan surgir del uso de la IA por parte de las autoridades estatales y las instituciones, organismos, oficinas y agencias de la Unión Europea deben ser investigados más a fondo.

Finalmente, la UE debe facilitar la investigación y la conversación sobre las oportunidades de uso de la IA en la ayuda en caso de desastres, prevención de crisis y mantenimiento de la paz. Esto permitirá una exploración más detallada del potencial de la IA en estas áreas y asegurará su uso beneficioso y ético en el futuro. El Comité de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo ha adoptado un informe sobre la inteligencia artificial (IA) y su impacto en la seguridad y la defensa. El informe destaca la importancia de invertir en capacitación humana, en particular en habilidades digitales, para adaptarse a los desarrollos científicos que llevan a soluciones impulsadas por la IA, para personas en profesiones reguladas como actividades relacionadas con el ejercicio de los poderes de autoridad estatal, como la administración de justicia. Se pide a los Estados miembros y a la Comisión que tengan debidamente en cuenta esto al implementar la Directiva 2005/36/EC (PARLAMENTO EUROPEO, 2005²²). Los sistemas de IA siempre deben cumplir con los principios de responsabilidad, equidad, gobernanza, precaución, responsabilidad, imputabilidad, predictibilidad, trazabilidad, dependencia, confiabilidad, transparencia, explicabilidad y proporcionalidad. Además, se destaca la importancia de que los sistemas basados en IA en los dominios de seguridad y defensa sean implementados con una comprensión integral de la situación por parte del operador humano, la predictibilidad, confiabilidad y resiliencia del sistema basado en IA, así como la capacidad del operador humano para detectar posibles cambios en las circunstancias y el entorno operativo e intervenir o terminar un ataque. Esto asegura que los principios del derecho internacional humanitario, en particular los principios de distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque, se apliquen plenamente en toda la cadena de mando y control. De esta manera se trata de que los sistemas de armas autónomas y despliegue militar de la IA distingan —a través por ejemplo de reconocimiento facial o análisis automatizado satelital— entre las personas que participan en las hostilidades —esto es, los combatientes— y las personas civiles —no combatientes— y, a la vez, entre los bienes u objetivos civiles y objetivos militares, con la precisa finalidad que sólo los combatientes y objetivos militares sean objeto de ataque por los sistemas letales más modernos. En este sentido, parece difícilmente concebible el atribuir a máquinas y robots «la capacidad de seleccionar los objetivos y atacar a estos por su cuenta» por su falta de empatía²³. Según MOLINER GONZÁLEZ (2019) se justifica la imposibilidad en que los sistemas autónomos y la IA que los dirige son incapaces de discernir las complejas situaciones que se pueden producir en el campo de batalla, como la posibilidad de que determinados objetivos hayan perdido su valor militar, o evaluar si un objetivo pretende atacar o rendirse. O según LÓPEZ-SÁNCHEZ, (2017)²⁴, por ejemplo, «*evaluar si un tanque es un objetivo militar o si el sistema de armas letal autónomo aceptaría su rendición no solo es cuestión de tener algoritmos inteligentes con altas capacidades de discernimiento. En su lugar, tenemos*

22 PARLAMENTO EUROPEO, Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al “Reconocimiento de cualificaciones profesionales”, Consejo de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, L 255, 2005, pp. 22-142.

23 TRAVIESO, J., “Las consecuencias de mandar a la guerra a ‘robots asesinos’”, [eldiario.es](https://www.eldiario.es/sociedad/debate-torno-robots-asesinos_1_2718731.html), 2015, p. 2. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/debate-torno-robots-asesinos_1_2718731.html

24 LÓPEZ-SÁNCHEZ, M., Some insights in artificial intelligence autonomy in military technology, 2017, p. 12. Disponible en: <https://ttac21.net/2017/11/10/autonomy-in-future-military-and-security-technologies>.

que considerar los valores subyacentes que nosotros, como humanos desarrollando tales algoritmos, deberíamos ser capaces de instalar en ellos».

De igual manera, arguye Human Rights Watch²⁵ las «*armas completamente autónomas carecen de cualquier emoción que les pueda producir remordimiento si algún otro [humano] es castigado por sus acciones. Por lo tanto, el castigo de otros intervinientes no haría nada para cambiar la conducta del robot*»

Siguiendo la descripción de estos principios que realiza LOPEZ DÍAZ (2009)²⁶ y su adaptación a nuestra situación, el principio de proporcionalidad supondría que la acción militar autónoma sea razonable, no excesiva, incluyendo la prohibición de causar daños incidentales contra la población o bienes civiles, excluyendo toda forma de violencia excesiva o que no resulte indispensable para debilitar al adversario. Por último, aplicando el principio de precaución en el ataque, en todo conflicto armado deberá garantizarse el respeto y protección al medio ambiente, prohibiendo expresamente utilizarlo como un medio de combate. Las tecnologías emergentes como la IA suponen un alto consumo energético que puede acarrear su construcción y la preocupación por temas como el potencial consumo eléctrico mundial y dicho principio aplicado a este ámbito supondría una asunción de algoritmos e inteligencia artificial verde, eficiencia energética, y promoción de la sostenibilidad y energías renovables.

Los sistemas basados en inteligencia artificial no deben reemplazar la toma de decisiones humanas en los sistemas de armas letales autónomos (*LAWS*), definidos como sistemas de armas sin control humano significativo sobre las funciones críticas de selección y ataque de objetivos individuales. Se señala la necesidad de una posición común sobre *LAWS* para evitar el desarrollo, producción y uso de *LAWS* capaces de llevar a cabo ataques sin control humano significativo, así como la iniciación de negociaciones efectivas para su prohibición.

El «control humano significativo» pretende que sea siempre el ser humano el último responsable de la actuación de un sistema de armas en la amplia variedad de tareas militares que se le pueden encomendar: adquisición, seguimiento, identificación y preparación de objetivos; orientación de armas; selección y priorización de objetivos; determinación del momento de disparo; y detonación.

La clasificación de *LAWS* como una categoría específica de IA en el ámbito militar debe ser discutida y acordada a nivel internacional, en particular en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Ciertas Armas Convencionales. La Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (la Convención) aplica dos normas consuetudinarias generales del derecho internacional humanitario a armas específicas, a saber: (1) la prohibición de emplear armas que tienen efectos indiscriminados, y (2) la prohibición de emplear armas que causan daños superfluos. Estos límites, coincidentes con los principios de proporcionalidad, limitación y distinción, deberán aplicarse al desarrollo, producción y uso de *LAWS*.

25 HRW, Human Right Watch, “*Losing humanity: The case against killer robots*”, 2012, p. 1. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>

26 LOPEZ DIAZ, P., “Principios Fundamentales del Derecho Internacional Humanitario”, *REVISMAR Revista de Marina de Chile*, núm. 3, 2009, pp. 230-238. Disponible en: <https://revistamarina.cl/revistas/2009/3/lopez.pdf>

Se enfatiza la necesidad de una estrategia integral de la UE sobre AI y defensa que establezca un marco para la toma de decisiones sobre el uso de AI en defensa, y se hace un llamado a la Comisión para que promueva el diálogo y la cooperación entre los Estados miembros, investigadores, académicos, actores de la sociedad civil y el sector privado para garantizar la inclusión de los procesos de formulación de políticas sobre la regulación de la AI relacionada con la defensa. El desarrollo de sistemas de armas letales autónomos (*LAWS*) ha sido motivo de preocupación para la comunidad internacional, ya que su uso puede tener consecuencias desastrosas para la seguridad y la vida humana. Por esta razón, se han establecido regulaciones internacionales para regular su desarrollo y uso.

Se considera que las *LAWS* sólo deben ser utilizadas como último recurso y sólo son legales si están sujetas a un estricto control humano, es decir, si una persona puede tomar el control en cualquier momento, ya que la intervención y supervisión humana adecuada son esenciales en el proceso de toma de decisiones letales y los seres humanos siempre deben ser responsables de decidir entre la vida y la muerte. Los sistemas sin control humano en ningún momento deben ser prohibidos sin excepción y en cualquier circunstancia.

Una de las regulaciones que las *LAWS* deben cumplir es la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de octubre de 1980 (ONU, 1980²⁷), que prohíbe el uso de armas consideradas “excesivamente perjudiciales”. Las *LAWS*, al ser sistemas autónomos y potencialmente no estar sujetas al control humano, pueden considerarse armas que representan un peligro excesivo.

Se enfatiza que la inteligencia artificial utilizada en un contexto militar debe cumplir con un conjunto mínimo de requisitos, a saber, ser capaces de reconocer y aplicar los principios fundamentales del derecho internacional humanitario: ser capaz de distinguir entre combatientes y no combatientes en el campo de batalla, reconocer cuando un combatiente se rinde o está fuera de combate, no tener efectos indiscriminados, no causar sufrimiento innecesario a las personas, no estar sesgada ni formada a partir de datos intencionalmente incompletos y cumplir con los principios del derecho humanitario internacional, la proporcionalidad en el uso de la fuerza y la precaución antes de la intervención.

Además, se propone que las *LAWS* sean incluidas en la lista de armas sujetas a las disposiciones del Tratado sobre el Comercio de Armas del 2 de abril de 2013 (ONU, 2013²⁸), que regula el comercio de armas convencionales y busca prevenir su proliferación incontrolada. Esto permitiría una mejor regulación de su comercio y una mayor transparencia en su uso. Esto implica que las *LAWS* no deben tener características que las hagan parecer humanos, ya que esto podría crear situaciones confusas y peligrosas. Se aplaude el acuerdo del Consejo y del Parlamento de la Unión Europea de excluir de las acciones financiadas por el Fondo Europeo de Defensa (FED) a las armas letales autónomas que no permiten un control humano significativo sobre las decisiones de selección de objetivos e intervención al llevar a cabo ataques. Esto

27 ONU, Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre ciertas armas convencionales de 10 de octubre de 1980, 1980.

28 ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. Tratado sobre el Comercio de Armas, de 2 de abril de 2013, 2013.

significa que el uso, desarrollo o producción de *LAWS* sin control humano significativo no son elegibles para financiamiento del FED. En conclusión, existen varias regulaciones internacionales que buscan regular el desarrollo y uso de *LAWS*, debido al riesgo que representan para la vida y la seguridad humana. Es importante que estas regulaciones se apliquen y refuercen para garantizar una regulación adecuada y una mayor transparencia en su uso.

En este sentido, la Directiva 2006/42/CE (PARLAMENTO EUROPEO, 2006²⁹) establece la definición de “máquina”, que incluye robots y sistemas autónomos. En consecuencia, cualquier robot o sistema autónomo que cumpla con esta definición debe cumplir con los estándares y medidas de seguridad establecidos en esta Directiva. Las empresas que producen, importan o distribuyen robots y sistemas autónomos deben asegurarse de que cumplen con los requisitos de la Directiva, ya que son responsables de garantizar su seguridad. La Directiva establece que los robots deben ser diseñados y ensamblados de acuerdo con los principios de seguridad y protección de la salud de los trabajadores, consumidores y el medio ambiente.

Las medidas de seguridad que se deben implementar incluyen el uso de materiales no tóxicos y la inclusión de dispositivos de seguridad como sensores y sistemas de parada de emergencia. Además, se deben proporcionar instrucciones claras sobre el uso y reparación seguros de robots y sistemas autónomos. La Directiva 2006/42/CE (PARLAMENTO EUROPEO, 2006) establece una serie de requisitos que deben cumplir los robots y sistemas autónomos que cumplen con la definición de “máquina”. Las empresas que producen, importan o distribuyen estos dispositivos son responsables de garantizar su seguridad y deben cumplir con las normas y medidas de seguridad establecidas en la Directiva. Esto garantiza que los robots y sistemas autónomos utilizados en la Unión Europea sean seguros para los trabajadores, los consumidores y el medio ambiente.

2. Marco para los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías relacionadas

La resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 con recomendaciones a la Comisión sobre un marco para los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías relacionadas (2020/2012(INL)) (2021/C404/04) (PARLAMENTO EUROPEO, 2020)³⁰ en la sección de Seguridad y Defensa, evaluó que las políticas de seguridad y defensa de la Unión Europea y sus Estados miembros deben estar guiadas por los principios de igualdad, buena fe, paz, y convivencia de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y por una comprensión común de los valores universales de respeto a los derechos inviolables e inalienables de la persona, la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de derecho.

29 PARLAMENTO EUROPEO, Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE (refundición), Consejo de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, L 157, 2006, pp. 24-86.

30 PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020 (2020/2012(INL)) (2021/C 404/04) “Marco para los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías relacionadas con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco para los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías relacionadas”, 2020.

Esto fue uno de los resultados tras la aprobación por parte de la Reunión de Altas Partes Contratantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre Ciertas Armas Convencionales de 2019 (CCW, por sus siglas en inglés) (ONU, 2019³¹) de once principios rectores establecidos por el Grupo de Expertos Gubernamentales sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomos Letales del Anexo III para el desarrollo y uso de sistemas de armas autónomas:

1. El derecho internacional humanitario se aplica plenamente a todos los sistemas de armas, incluyendo los sistemas autónomos letales.
2. La responsabilidad por las decisiones sobre el uso de estos sistemas debe mantenerse en manos de seres humanos, y no puede ser transferida a las máquinas.
3. La interacción entre humanos y máquinas debe asegurar que el uso de estos sistemas cumpla con el derecho internacional, considerando factores como el contexto operacional y las capacidades del sistema.
4. La rendición de cuentas por el desarrollo y uso de nuevos sistemas de armas debe cumplir con el derecho internacional, con un enfoque en el control humano.
5. Los Estados deben evaluar si el uso de nuevas armas podría estar prohibido por el derecho internacional en ciertas condiciones.
6. Se deben considerar aspectos como la seguridad física, las salvaguardias no físicas, la ciberseguridad y los riesgos de adquisición por grupos terroristas al desarrollar estos sistemas.
7. Las evaluaciones de riesgos y medidas de mitigación deben ser parte integral del ciclo de desarrollo de tecnologías emergentes en sistemas de armas.
8. Se sugiere explorar el uso de estas tecnologías para garantizar el cumplimiento del derecho internacional humanitario y otras obligaciones internacionales.
9. No se deben atribuir cualidades humanas a las tecnologías emergentes en sistemas de armas.
10. Los debates y medidas de política no deben obstaculizar el acceso a usos pacíficos de tecnologías autónomas inteligentes.
11. La Convención proporciona un marco adecuado para abordar la cuestión de las tecnologías emergentes en sistemas de armas autónomos letales, buscando un equilibrio entre las necesidades militares y humanitarias.

Lamenta, sin embargo, el Parlamento Europeo la falta de acuerdo sobre un instrumento jurídicamente vinculante que regule las armas autónomas letales con un mecanismo efectivo de cumplimiento.

31 ONU. Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre ciertas armas convencionales (CCAC): Reunión de las altas partes contratantes, 2019.

Las tecnologías emergentes en los sectores de defensa y seguridad no reguladas por el derecho internacional deberían estar sujetas al principio del respeto a la humanidad y a los dictados de la conciencia pública y recomienda que cualquier marco europeo que regule el uso de sistemas basados en inteligencia artificial en el ámbito de la defensa, tanto en situaciones de combate como no combativas, respete todos los regímenes legales aplicables, en particular el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. Reconoce que, en el actual contexto de guerra híbrida y avanzada, el volumen y la velocidad de la información durante las primeras etapas de una crisis pueden ser abrumadores para los analistas humanos, y que un sistema de inteligencia artificial podría procesar la información para asegurar que los tomadores de decisiones humanos rastreen todo el espectro de información dentro de un marco temporal apropiado para proporcionar una respuesta rápida.

Se aboga por un aumento de la inversión en inteligencia artificial europea para la defensa y la infraestructura crítica que la sustenta, en vista de los significativos esfuerzos de las potencias militares mundiales en investigación y desarrollo militar e innovación. Igualmente se subraya que la responsabilidad y la rendición de cuentas por la decisión de diseñar, desarrollar, desplegar y utilizar sistemas de inteligencia artificial deben recaer completamente en los operadores humanos, dado que debe haber una supervisión y control humano significativos sobre cualquier sistema de armas, y la intencionalidad humana en la decisión de utilizar la fuerza, en la ejecución de cualquier decisión de sistema de armas basado en IA que pueda tener consecuencias letales. Se destaca que el control humano debe ejercerse de manera efectiva sobre el mando y control de los sistemas basados en IA, de acuerdo con los principios de la participación, supervisión y control humano, en la conducción de operaciones militares. Igualmente, sistemas basados en IA deben permitir a los comandantes militares al frente de los ejércitos asumir plena responsabilidad y rendición de cuentas por el uso de la fuerza letal y ejercer el juicio necesario, que las máquinas no pueden tener y que debe basarse en la distinción, la proporcionalidad y la precaución, al tomar medidas letales o destructivas a gran escala mediante dichos sistemas. También se requiere establecer marcos de autorización y rendición de cuentas claros y trazables para el despliegue de armas inteligentes y otros sistemas basados en IA, utilizando características únicas del usuario, como especificaciones biométricas, para permitir el despliegue solo por personal autorizado.

3. Puntos de vista y recomendaciones sobre la Sexta Conferencia de Revisión de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCW)

El documento de trabajo presentado por el Comité Internacional de la Cruz Roja el 8 de noviembre de 2021 (CICR, 2021)³² sobre la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCW) es un pilar fundamental del derecho humanitario internacional. La CCW y sus Protocolos encarnan el principio básico de que el uso de medios y métodos de guerra no es ilimitado. Lo hacen prohibiendo o restringiendo el uso de armas convencionales que plantean

32 CICR, Comité Internacional de la Cruz Roja, “Puntos de vista y recomendaciones para la 6ª Conferencia de Examen de la Convención sobre ciertas armas convencionales”, Documento de trabajo presentado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, 6ª Conferencia de Examen de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, 2021.

preocupaciones humanitarias, legales y éticas específicas, en particular las armas que pueden causar sufrimiento innecesario o que pueden tener efectos indiscriminados. Este documento de trabajo presenta las opiniones y recomendaciones del CICR sobre cuestiones de preocupación humanitaria pertinentes para la CCW (CICR, 2021), específicamente: la adhesión a la CCW y su aplicación nacional; minas que no son minas antipersonal; armas incendiarias y armas con efectos incendiarios; armas láser cegadoras y otros sistemas láser; restos explosivos de guerra; armas explosivas en zonas pobladas; sistemas de armas autónomas; y revisión de los avances en ciencia y tecnología, y revisión jurídica de nuevas armas, medios y métodos de guerra.

La 6ª Conferencia de Revisión de la CCW, que se celebró del 13 al 17 de diciembre de 2021 en Ginebra, es un momento clave para que las Altas Partes Contratantes hagan balance y construyan sobre el importante papel que la CCW ha desempeñado en la minimización del sufrimiento en los conflictos armados, con el fin de garantizar que la CCW siga siendo adecuada para el propósito a medida que la guerra evoluciona (ICRC, 2021).

En su sección 8, el CICR aborda los sistemas de armas autónomas, un tema que ha sido planteado por muchas Altas Partes Contratantes durante las discusiones de la CCW desde 2014 y dentro del actual Grupo de Expertos Gubernamentales (GGE) desde la 5ª Conferencia de Revisión.

El debate mundial sobre el uso militar de la inteligencia artificial ha sido iniciado por la ONU y las reuniones para la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCW, Ginebra), donde varias de las Altas Partes Contratantes respaldaron el llamado principio de ‘control humano significativo para los sistemas de armas autónomas afirmando que ‘Los sistemas de armas autónomas que no requieren control humano significativo deben ser prohibidos’ (Asamblea General de la ONU, 2016). La ONU también ha establecido un instituto de investigación especial en La Haya para estudiar la gobernanza de la robótica y la inteligencia artificial (UNICRI). Varias iniciativas y ONG que tienen como objetivo la IA y los sistemas ‘autónomos’ para el bien respectivamente hacen campaña por una prohibición de las armas ‘autónomas’, por ejemplo, la Fundación para la Robótica Responsable.

Gran parte del debate sobre la aceptabilidad moral de las armas “autónomas” y la responsabilidad legal y moral por el despliegue de estos sistemas tiene lugar en la Conferencia sobre Ciertas Armas Convencionales en Ginebra. Ahora es necesario prestar atención a las preguntas sobre cuál es la naturaleza y el significado de un “control humano significativo” sobre estos sistemas y cómo instituir formas de control moralmente deseables.

En la comprensión del CICR, los sistemas de armas autónomos, después de su activación inicial, seleccionan y aplican la fuerza a objetivos sin intervención humana. El usuario no elige el/los objetivo(s) específico(s) ni el momento y/o lugar preciso de la aplicación de la fuerza resultante. El desafío central con estas armas reside en la dificultad de anticipar y limitar sus efectos.

Desde una perspectiva humanitaria, el uso de sistemas de armas autónomos corre el riesgo de perjudicar a quienes se ven afectados por el conflicto armado, tanto civiles como combatientes ‘*hors de combat*’, y los sistemas aumentan el riesgo de escalada del conflicto. Desde una perspectiva legal, desafían la capacidad de las personas que deben aplicar las normas del DIH du-

rante la planificación, decisión y ejecución de los ataques para cumplir con sus obligaciones. Desde una perspectiva ética, este modo de funcionamiento corre el riesgo de sustituir efectivamente las decisiones humanas sobre la vida y la muerte por procesos de sensores, software y máquinas. Estas preocupaciones éticas son especialmente importantes cuando los sistemas de armas autónomos están diseñados o se utilizan para atacar directamente a personas.

Ante este contexto, el CICR ofreció recomendaciones a todos los Estados el 12 de mayo de 2021, incluyendo las Altas Partes Contratantes del CCW a la luz del mandato del GGE para la clarificación, consideración y desarrollo del marco normativo y operativo para los sistemas de armas autónomos. El CICR recomienda que los Estados adopten nuevas normas legalmente vinculantes sobre los sistemas de armas autónomos para garantizar que se mantenga un control y juicio humano suficiente en el uso de la fuerza. En opinión del CICR, esto requerirá prohibir ciertos tipos de sistemas de armas autónomos y regular estrictamente todos los demás. Los sistemas de armas autónomos impredecibles deben ser explícitamente descartados, en particular debido a sus efectos indiscriminados. Esto se lograría mejor con una prohibición de los sistemas de armas autónomos que estén diseñados o utilizados de tal manera que sus efectos no puedan entenderse, predecirse y explicarse adecuadamente.

El uso de sistemas de armas autónomos para atacar a seres humanos debería ser descartado. Esto se lograría mejor mediante la prohibición de los sistemas de armas autónomos que estén diseñados o utilizados para aplicar la fuerza directamente contra personas, en lugar de contra objetos. El diseño y uso de sistemas de armas autónomos que no fueran prohibidos deberían ser regulados, incluyendo una combinación de: imponer límites en los tipos de objetivos, como restringirlos a objetos que son objetivos militares por naturaleza; imponer límites en la duración, alcance geográfico y escala de uso, incluyendo para permitir el juicio y control humano en relación con un ataque específico; imponer límites en situaciones de uso, como restringirlos a situaciones donde no haya civiles u objetos civiles presentes; e imponer requisitos para la interacción humano-máquina, en particular para garantizar una supervisión y una intervención y desactivación oportunas y eficaces por parte de los seres humanos.

El CICR insta a las Altas Partes Contratantes en la Conferencia de Revisión a establecer un camino hacia la adopción de nuevas normas legalmente vinculantes sobre sistemas de armas autónomos, como mediante una decisión de negociar un nuevo Protocolo del CCW y fortalecer las normas existentes de DIH. Esto es, incluyendo el principio de distinción, las prohibiciones de ataques indiscriminados y desproporcionados, la obligación de tomar todas las precauciones factibles en el ataque y las normas de protección de combatientes fuera de combate, así como prohibiciones y regulaciones específicas que se encuentran en el Protocolo II (enmendado) del CCW, sobre la prohibición del uso, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, y la Convención sobre Municiones en Racimo.

4. Reglas de derecho civil sobre robótica

La resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 con recomendaciones a la Comisión sobre las reglas de derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). (2018/C 252/25)

(PARLAMENTO EUROPEO, 2018)³³ reconoce que una nueva era requiere un impulso legislativo e incluso una definición generalmente aceptada de robots e inteligencia artificial que sea flexible y no obstaculice la innovación. Una regulación sobre responsabilidad, transparencia y responsabilidad que refleje intrínsecamente los valores humanistas europeos y universales y asuma el liderazgo europeo en una posible regulación que refleje valores éticos. Ve el potencial de la robótica y la inteligencia artificial para transformar los estilos de vida y las formas de trabajo, aumentar los niveles de eficiencia, ahorro y seguridad, y mejorar la calidad de los servicios, e incluso acepta la posibilidad de que a largo plazo la inteligencia artificial pueda superar la capacidad intelectual humana, y también reconoce varias preocupaciones sobre sus efectos directos e indirectos en la sociedad en su conjunto.

También se determina que la automatización requiere que aquellos involucrados en el desarrollo y comercialización de aplicaciones de inteligencia artificial incorporen características de seguridad y éticas desde el principio, reconociendo así que deben estar preparados para aceptar la responsabilidad legal por la calidad de la tecnología que producen. Europa no quiere quedarse atrás ya que varios países extranjeros, como Estados Unidos, Japón, China y Corea del Sur, están considerando medidas regulatorias en el campo de la robótica y la inteligencia artificial.

En el campo militar, hace solo dos menciones, en su considerando 64 destaca que las restricciones y condiciones establecidas en el Reglamento (CE) N° 428/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (PARLAMENTO EUROPEO, 2009) sobre el comercio de artículos de doble uso (bienes, software y tecnología que se pueden utilizar tanto para aplicaciones civiles como militares o que podrían contribuir a la proliferación de armas de destrucción masiva) deberían extenderse a las aplicaciones de robótica.

Por último, pero no menos importante, prohíbe la modificación de robots para su uso como armas.

V. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

La evolución de la inteligencia artificial y su impacto en la cuarta Revolución Industrial plantea desafíos legales³⁴ que requieren respuestas adecuadas en el entorno militar dentro de la UE. La IA confiable tiene dos componentes principales: robustez técnica y propósito ético. Los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía, justicia y explicabilidad proporcionan un marco para garantizar que los sistemas de IA respeten los derechos fundamentales, las regulaciones aplicables y los principios y valores centrales, evitando el daño no intencional. Los requisitos concretos, como la responsabilidad, la gobernanza de datos y la transparencia, deben ser adaptados a contextos específicos para lograr una IA confiable. Al promover la pros-

33 PARLAMENTO EUROPEO. Norma 2015/2103(INL), 2018/C 252/25, “Normas de Derecho civil sobre robótica, Resolución del Parlamento Europeo”, 2018.

34 HERRERA TRIGUERO, F., PERALTA GUTIÉRREZ, A., y TORRES LÓPEZ, L.S., “El derecho y la inteligencia artificial”. Editorial UGR. 978-84-338-7049-0, 2022. https://editorial.ugr.es/libro/el-derecho-y-la-inteligencia-artificial_139323/

peridad, la creación de valor y la sostenibilidad al tiempo que se protege la dignidad, la integridad, la privacidad y la autonomía humanas, la IA confiable puede beneficiar a individuos y a la sociedad en su conjunto.

El Comité Internacional de la Cruz Roja citado por MOLINER GONZÁLEZ (2019) plantea que el «control humano significativo» debería ser definido, planteado y resuelto en una norma legal³⁵, empezando por lograr una mayor precisión y consenso en los conceptos de «autonomía», «autonomía de las armas» y «armas autónomas», de cuya complejidad e importancia se ha tratado con anterioridad.

El uso de la IA en contextos militares y civiles ha planteado complejas preguntas morales sobre seguridad, responsabilidad moral, gobernanza, regulación y toma de decisiones democráticas. El Parlamento Europeo ha enfatizado la necesidad de control humano sobre la IA para garantizar la responsabilidad, supervisión y rendición de cuentas, así como la importancia de respetar el derecho internacional público y asegurarse de que la toma de decisiones autónomas no exima a los humanos de su responsabilidad.

Si bien la IA y las tecnologías relacionadas pueden desempeñar un papel en la guerra irregular o no convencional, la investigación, el desarrollo y el uso de la IA deben estar sujetos a las mismas condiciones que las establecidas para su uso en conflictos convencionales. La UE debería liderar en la promoción de un marco global para el uso de la IA, definiendo sistemas sólidos de monitoreo y evaluación e invirtiendo en la capacitación humana. Es esencial que se apliquen plenamente los principios del derecho internacional humanitario, responsabilidad, equidad, gobernanza, responsabilidad, previsibilidad, confiabilidad, transparencia, explicabilidad y proporcionalidad en toda la cadena de mando y control. El desarrollo y uso de sistemas de armas letales autónomas (*LAWS*) sin un control humano significativo es una preocupación importante para la comunidad internacional debido a las posibles consecuencias desastrosas para la vida y seguridad humana. Se han establecido recomendaciones internacionales para regular el desarrollo y uso de estos sistemas, y es esencial que se aprueben regulaciones, se cumplan y fortalezcan para garantizar un uso adecuado y transparencia. Además, se necesita una estrategia integral de la UE sobre IA y defensa, que enfatice la necesidad de supervisión y control humano significativos sobre cualquier sistema de armas, de acuerdo con los principios de involucramiento, supervisión y control humano. La regulación de la robótica y la IA también debe reflejar valores humanistas europeos y universales, y asumir un liderazgo europeo en una posible regulación que refleje valores éticos.

Se destaca la importancia de la IA confiable y se describen los principios que aseguran que los sistemas de IA respeten los derechos fundamentales, las regulaciones que deberían desarrollarse y los valores y principios fundamentales para evitar el daño no intencional. Las cuestiones éticas y legales con respecto al uso de la IA en contextos militares y civiles, enfatizando la

35 CICR, Comité Internacional de la Cruz Roja, “*Report of the expert meeting on autonomous weapon systems: Technical, military, legal and humanitarian aspects*”, 2014. Disponible en: <https://www.icrc.org/en/document/report-icrc-meeting-autonomous-weapon-systems-26-28-march-2014>
Véase también “*Autonomous weapons systems: Implications of increasing autonomy in the critical functions of weapons*”, (2016). <https://www.icrc.org/en/publication/4283-autonomous-weapons-systems>.

necesidad de control humano sobre la IA y la importancia de respetar el derecho internacional humanitario, deberán ser convenientemente desarrolladas.

El uso de la IA en contextos militares es complejo y deben considerarse cuidadosamente para garantizar que los sistemas de IA sean confiables y respeten los derechos fundamentales, las regulaciones y los valores fundamentales. Es importante que la UE y la comunidad internacional desempeñen un papel activo en la promoción de un marco global para el uso de la IA y en la regulación del desarrollo y uso de sistemas letales de armas autónomas, al mismo tiempo que invierten en el desarrollo de la capacidad humana sobre estas cuestiones técnicas y éticas para asegurar que los humanos sigan estando en control del proceso de toma de decisiones. Así, se deberá regular no sólo las responsabilidades por crímenes de guerra en aquellos casos en que haya supervisión humana con un control humano significativo y se vulneren las reglas de guerra, sino también en aquellos casos automáticos, que debía haber esa supervisión y no la hubo.

Así, los resultados obtenidos en esta investigación corresponden a un nivel exploratorio y descriptivo. Una primera aproximación que requeriría una mayor profundización en un diseño normativo de leyes de guerra para IA, unas pruebas de concepto de soluciones técnicas éticas de defensa e incluso un sistema de asunción de responsabilidades en caso de ausencia de supervisión humana³⁶.

36 VIGEVANO, M. R., “Inteligencia artificial aplicable a los conflictos armados: límites jurídicos y éticos”, *Arbor*, 197(800), 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.3989/arbor.2021.800002>

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): ESTÁNDARES ÉTICOS EN EL CIBERESPACIO*

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): ETHICAL STANDARDS IN CYBERSPACE

EDUARDO CALDERÓN MARENCO**

JAIME ELÍAS TORRES BUELVAS***

TATIANA VANESSA GONZÁLEZ RIVERA****

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL*****

MARIANA MENA MOSQUEDA*****

Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. ONLINE DISPUTE RESOLUTION: AVANCE O RETROCESO III. ARBITRAJE EN LA ERA DIGITAL DE LOS ODR IV. E-MEDIACIÓN: LA MEDIACIÓN DIGITAL V. ÉTICA A TRAVÉS DE PLATAFORMAS ODR. VI. CONCLUSIONES. LISTA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN: A partir del incremento de las demandas de acceso a la justicia por parte de cada vez más numerosos actores en nuestras sociedades, se han creado y desarrollado diferentes Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) que permitan descongestionar el aparato judicial y satisfacer esa necesidad de acceder a una pronta justicia a través de herramientas modernas y eficaces. El aumento de las relaciones jurídicas y económicas por fuera del marco espacial nacional fruto de la globalización, el avance de las tecnologías y el desarrollo del comercio electrónico ha hecho necesario crear sistemas que permitan resolver las controversias que nacen en el ciberespacio como los *Online Dispute Resolution* (ODR) —objeto de estudio de esta investigación—. Esta nota hace un análisis de las más importantes herramientas que resuelven las controversias a través de nuevas tecnologías mediante trabajo *online* en la virtualidad, revisando en un primer apartado su estructura y en otros dos, las particularidades de la mediación y el arbitraje. Asimismo, efectúa una revisión crítica de los principales dilemas éticos que enfrentan los administradores de estas plataformas y las partes durante cada una de las etapas sometidas a ODR, para terminar, propone algunas recomendaciones jurídicas sobre como potencializar el uso de los ODR dando respuesta a dichos dilemas éticos.

Fecha de recepción del trabajo: 16 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 27 de noviembre de 2023.

* Este trabajo es resultado de proyecto de investigación “Límites a la autonomía de la voluntad en los contratos wraps”.

** Profesor Asociado Universidad Cooperativa de Colombia. Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: eduardo.calderon@campusucc.edu.co . Orcid: 0000-0002-7840-6495.

*** Profesor Universidad Cooperativa de Colombia. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Contacto: jaime.torresb@campusucc.edu.co. Orcid: 0000-0003-0645-708X

**** Catedrática Universidad Nacional Autónoma de México. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Morelos, Cuernavaca, México. Contacto: tatygonz25@live.com. Orcid: 0000-0001-9301-2550

***** Catedrático Universidad Pública de Navarra, Navarra. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España. Contacto: jluis.iriarte@unavarra.es Orcid: 0000-0002-2353-5003

***** Profesora auxiliar, Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, Colombia. Abogada. Contacto: mariana.menam@campusucc.edu.co

ABSTRACT: *Based on the increase in demands for access to justice by more and more numerous actors in our societies, different Alternative Conflict Resolution Mechanisms (MASC) have been created and developed to decongest the judicial apparatus and satisfy this need for access prompt justice through modern and effective tools. The increase in legal and economic relations outside the national spatial framework as a result of globalization, the advancement of technologies and the development of electronic commerce, has made it necessary to create systems that allow the resolution of controversies that arise in cyberspace such as Online Disputes Resolution (ODR) —object of study of this research—. This note analyzes the most important tools that resolve disputes through new technologies through online work in virtuality, reviewing in a first section its structure and in another the particularities of mediation and arbitration. Likewise, it carries out a critical review of the main ethical dilemmas faced by the administrators of these platforms and the parties during each of the stages subjected to ODR, and finally proposes some legal recommendations on how to enhance the use of ODR by responding to said dilemmas. ethical*

PALABRAS CLAVE: Online Dispute Resolution, Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), estándares éticos, mediación, arbitraje, ciberespacio.

KEYWORDS: *Online Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution Mechanisms, Ethical standards, Mediation, Arbitration, Cyberspace.*

I. INTRODUCCION

En la actualidad, las nuevas tecnologías cumplen un papel importante y necesario en el campo jurídico, principalmente por contribuir en el acceso a la justicia a través de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), entre los podemos encontrar algunos como la mediación, transacción, conciliación y el arbitraje en diferentes asuntos y ramas del Derecho. A partir del consentimiento libremente expresado, estos permiten llevar a cabo una solución a sus controversias sin acudir al aparato judicial, generalmente congestionado, a partir de un procedimiento flexible y oportuno en el tiempo.

El desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, ha permitido la expansión del comercio electrónico a nivel global, en el cual se realizan transacciones o contratos en el ciberespacio. Pese a lo anterior, la comprensión de estas nuevas modalidades de interacción entre Estados, personas naturales y jurídicas no ha encontrado regulación uniforme en el Derecho, por parte del legislador ni por las autoridades jurisdiccionales o administrativas que tienen a su cargo resolver los conflictos que se pueden presentar por inconformidad de las partes, con los servicios y/o productos que se transan en dichas relaciones jurídicas y económicas. Gracias a los MASC se han logrado solucionar diferentes controversias, aunque no se ha llegado a una completa satisfacción de todos los agentes económicos que intervienen, como por ejemplo los consumidores. Teniendo en cuenta que, en muchos casos los consumidores no se encuentran de forma presencial, ni realizan el contrato de consumo en el lugar de domicilio de la empresa o comerciante, se ven involucrados elementos de extranjería que llevarían a que estos conflictos sean regulados por el Derecho Internacional Privado, desde el entendido que las fronteras no existen en el ciberespacio y tampoco en las relaciones entre comerciante y consumidores.

Por otro lado, este tipo de controversias muchas veces son llevadas a cabo a través de Tribunales de arbitramento debido a los términos y condiciones que establecen bien sea las partes en su conjunto o alguna de ellas. Debido a que muchas de estas relaciones jurídicas y económicas

se gestan o desarrollan en el ciberespacio, ello dio paso al surgimiento de los *Online Dispute Resolution* —en adelante ODR— como instrumentos para aquellos que a través de contratos a la distancia pretenden solucionar sus conflictos sin llegar al aparato judicial de los estados. Pese a que la difusión y el uso estas herramientas se ha masificado de forma global, aún es necesario hacer claridad sobre los puntos o exigencias éticas de las plataformas ODR para con el servicio que están ofreciendo. Por lo anterior, es necesario interrogarse con respecto a ¿Cuál es el fundamento ético de los intervinientes en el proceso a través de los ODR?

Para responder el interrogante planteado, se realizará una investigación teórica con enfoque cualitativo, mediante la aplicación del método deductivo que permitirá determinar las peculiaridades en el proceso de arbitraje de los ODR y analizar los parámetros éticos de estas plataformas que deben cumplir los intervinientes en cada uno de los procesos que se adelanten. Con miras a ello, en primer lugar, se trabajará el concepto, desarrollo y fundamento de los ODR, en segundo lugar, se explicarán las peculiaridades o particularidades de estos procedimientos y como se diferencian de los MASC; y, por último, se analizarán los parámetros y/o exigencias éticas que comprometen a todos aquellos que pretendan llevar acabo la solución de un conflicto a través de estas plataformas. Finalmente en esta nota se concluye con una propuesta de algunos parámetros éticos que podrían adoptar las plataformas que permiten el uso de ODR en el marco regulatorio del Estado Colombiano.

II. *ONLINE DISPUTE RESOLUTION*: AVANCE O RETROCESO

1. *Adoctrinamiento de los ODR*

Los ODR nacieron por la necesidad de solucionar las dificultades que se presentan en el área de las operaciones comerciales. En un principio surgen con el fin de cerrar la brecha creada por el factor territorial a partir del cual se crean las relaciones contractuales; sin embargo, con el tiempo fue mutando su uso de forma específica a los conflictos generados en el comercio electrónico y el Internet. En estos últimos se genera una gran interacción de agentes y actores, al tiempo que muchos desavenencias entre las partes intervinientes, originadas en la falta de especificidad de las cláusulas contractuales. El creciente aumento de estos inconvenientes que se desarrollan en el ciberespacio, hace necesario que las normas y la aplicación de las mismas se adapten a estas situaciones para buscar solución a las mismas.

El profesor ANDRÈS VASQUEZ¹ conceptualiza los ODR como “procesos automatizados que permiten usar soportes que sean asincrónicos como los correos electrónicos y a su vez sincrónicos como un chat o una videoconferencia, que les permite a las partes realizar una reunión como si fuera presencial, pero de manera virtual, por lo que las plataformas o medios electrónicos, son ese escenario virtual en que se desenvolverá esta modalidad de arbitraje en línea, integrando estos recursos que proporcionan las TIC para auxiliar al árbitro y las respectivas partes en toda la dinámica de comunicaciones electrónicas entre ellos”.

1 VÁZQUEZ LÓPEZ, A. “Realidad virtual y resolución de conflictos en línea”. *Mediación en 2.0*. 2014. Madrid, pp.1-26. <http://alenmediagroup.blogspot.com.es/2014/12/realidad-virtual-y-resolucion-de.html>

Debe tenerse en cuenta que, los ODR eran utilizados únicamente para las transacciones en materia comercial del ciberespacio, pero en la actualidad estas herramientas tienen una amplia aplicación a controversias que surgen de otras áreas, por ejemplo, como lo plantean RABINOVICH y KATSH “En Israel, (...) se adoptó un sistema ODR para las reclamaciones por daños a propiedades en la industria de seguros, en Estados Unidos para abordar las disputas de la Ley de Libertad de Información (*Freedom of Information Act, FOIA*)”². Por otro lado, SOURDIN y LIYANAGE³ hacen referencia al caso de Australia en donde “(...) el Estado de Victoria ha implementado sistemas ODR parciales los cuales asisten a los participantes para resolver los conflictos del vecindario y para la protección de los derechos del consumidor”.

Por su parte, CALDERÓN, RODRÍGUEZ Y SAL⁴ analizan otros ejemplos como “En la década de 1990, surgieron servicios ODR privados exitosos, como *Cybersettle*, que han continuado prestando servicios a su asociación empresarial, como la Asociación Estadounidense de Arbitraje (AAA, por sus siglas en inglés), igualmente en Alemania, el servicio conocido como *Online Schlichter* ofrece un servicio de mediación en línea desde 2009, y se considera una de las plataformas de ODR alemanas más exitosas”. Asimismo, encontramos que hasta 2008, *E-Bay* antes de la creación de su propio Centro de Resolución de Disputas, en conjunto con *SquareTrade* brindaba un servicio de ODR con medidas contundentes que fomentaban la confianza de los vendedores y compradores en la plataforma⁵.

Es importante recordar que lo que persiguen los ODR, es que por intervención de esas técnicas que lo componen se pueda llegar a la solución de un conflicto con el uso de la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC’s). Otros autores, hacen referencia a los ODR como “*The Fourth Party*” que puede traducirse a “La Cuarta Parte”, mencionando “un cuarto rol en el proceso de solución de conflictos en el que normalmente solo participan tres roles, las dos partes involucradas en el conflicto y un tercero neutral que ayuda a explorar posibilidades de acuerdo entre las partes, en este caso “La Cuarta Parte” hace referencia a la inclusión de las TIC’s en el proceso de solución de conflictos”⁶

La tecnología tiene un papel muy importante en la dinámica de los ODR al momento de solucionar los conflictos, debido a esto, se le ha denominado como la cuarta parte de la relación jurídica o económica que quiere resolverse, es decir, que las TIC’s se combinan con el elemento tradicional de la misma, que es lo jurídico-procesal. Cuando afirman que la tecnología es

2 RABINOVICH-EINY, O. y KATSH, E. “Lessons from online dispute resolution for Disputes Systems Design”. En: *Online dispute Resolution: theory and practice: A Treatise on technology and Dispute Resolution*. 1ª ed., La Haya, Eleven International Publishing, 2012, p. 55.

3 SOURDIN, T. y LIYANAGE, C. “The Promise and Reality of Online Dispute Resolution in Australia”. En: *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on technology and Dispute Resolution*. 1ª ed., La Haya, Eleven International Publishing, 2012.

4 CALDERÓN MARENCO, E., RODRÍGUEZ PALACIOS, T. y SAL, G. “ODR para una justicia digital”. *Integración + Divulgación de Trabajos científicos*, vol. 1 No. 1, 2021, pp. 9-11. <http://revistadigital.uco.edu.ar/index.php/secytucu/article/view/18>

5 CALDERON MARENCO, E op. cit. nota 4, p.10

6 Camacho, J, Gamboa, S. y Gómez, L. “Seguridad de la información en sistemas de resolución de disputas en línea (ODR): Revisión de la literatura y análisis a la luz del contexto colombiano”. *Revista Espacios*, vol. 41, núm. 19, Santander, 2020, pp. 140-153. <https://www.revistaespacios.com/a20v41n19/a20v41n19p10.pdf>

una cuarta parte en la resolución de conflictos, se está haciendo referencia a que es un cuarto interviniente en la relación procesal. Teniendo en cuenta lo anterior, las tecnologías que hacen parte de las plataformas o sistemas ODR son supremamente importantes para la resolución de los conflictos que surgen en espacios físicos y con ocasión al ciberespacio, superando entonces la brecha territorial que se presenta en algunas situaciones⁷.

Es importante resaltar que no es fácil encontrar una definición unívoca y/o generalmente aprobada sobre estos instrumentos; sin embargo, NAVA y BRECEDA hacen referencia a los ODR como sistemas que intervienen en los procesos de solución de controversias desarrollados extrajudicialmente, incorporando el Internet y/o cualquier tecnología informática, que a su vez permita resolver los inconvenientes presentados bien sea “en línea” o “fuera de línea”, la comunicación de los intervinientes a través de estas plataformas puede ser de forma sincrónica o asincrónica.⁸

Por otra parte, debe precisarse que los ODR no son una adaptación en línea de los MASC, no se realizan de la misma forma ni siguiendo los mismos principios⁹. Estos sistemas *online* se caracterizan por su agilidad, bajo costo, confidencialidad, neutralidad, transparencia, y de forma específica, por permitir las interacciones asincrónicas y la intervención de mediadores automatizados¹⁰. Estas dos últimas características sobre todo diferencian los MASC de los ODR, ya que, en los primeros no se puede hablar de interacción asincrónica o mediadores sistematizados, debido a que los litigios que se libran por los MASC se abordan de forma presencial sin dejar cabida a un uso confiado de las TIC's.¹¹

Conforme a lo anterior, cada sistema de ODR debe ser enlazado a los medios electrónicos para poder de esta manera generar la confianza y eficacia a los usuarios que hagan uso de la misma, permitiendo un desarrollo auto y hetero compositivo de los procesos que se versen en estos sistemas —negociación, mediación, conciliación, arbitraje—, cumpliendo a cabalidad con los principios que permiten dirimir de forma efectiva los conflictos formados en el ciberespacio.

De igual forma, BARNETT y TRELEAVEN¹² describen las plataformas de ODR como sitios web interactivos los cuales proporcionan la entrada a comerciantes y consumidores para resolver de forma extrajudicial los conflictos que surjan de las transacciones en línea realizadas por los mismos. Como puede verse en la descripción o precisión de los autores, se evidenciarían las características más relevantes de estos sistemas relacionadas con la intervención de media-

7 Sáez de Heredia, R. “Mediación en línea”, *Revista de Mediación*, núm. 1, 2008, pp. 6-15.

8 NAVA, W. BRECEDA, J. “México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 15, Ciudad de México, 2015, p. 721.

9 Osna, G. “Acceso a la justicia, cultura y *online dispute resolution*”. *Derecho PUCP*, No. 83, 2019, pp. 9-27. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.001>

10 Calderón Marengo, E. op. cit. nota 4, p. 11

11 Orrego-Garay, S. “El Comercio Electrónico y Los Mecanismos Online para la Resolución de Disputas”. *EAFIT. Journal of International Law*, vol. 6 núm 1, 2015, pp. 87-107. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/download/3354/2810/>

12 Barnett, J. y Treleaven, P. “Algorithmic Dispute Resolution—The Automation of Professional Dispute Resolution Using AI and Blockchain Technologies”. *The Computer Journal*, vol. 61, núm. 3, 2018, pp. 399-408.

dores automatizados y la forma asincrónica en la cual cada una de las partes para mediar su conflicto deben diligenciar un formulario de manera electrónica presentando sus inconformidades donde la misma plataforma a través de una entidad competente —quien administra la plataforma— asigna un gestor de caso, es decir, la parte neutral sistematizada que interviene.

Desde lo preceptuado en párrafos anteriores, se puede interpretar o resumir que los ODR son sistemas que permiten la resolución de controversias generadas entre dos partes de forma *online* u *off-line*, que se realizan de forma ágil, eficaz, eficiente y con bajo costo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estas plataformas tienen desarrollo, fundamento y estructura que permite la consolidación de las mismas y, proporcionan la confiabilidad en los usuarios que optan por usarla, sin acudir a los Mecanismos Alternativos extrajudiciales de controversias.

2. Desarrollo, fundamento y estructura de los ODR

Para la consideración de estructura y desarrollo de los ODR, jugaron un papel importante las carencias y/o defectos del comercio internacional, dejando entrever aún más esa brecha que existía entre el factor territorial y los diferentes mecanismos jurídicos que pretendían sin tener éxito, regular las relaciones contractuales y comerciales entre los usuarios de diferentes lugares del mundo. Esto dio paso a la apropiación y predominio de la autonomía de la voluntad de las partes en la decisión para regular sus relaciones comerciales, dejando de lado la intervención del estado y sus jurisdicciones. Los ADR (*Alternative Dispute Resolution*) se fueron adaptando y expandiendo con el fin de descongestionar el ordenamiento jurídico de aquellos procesos y/o situaciones que de forma parcialmente autónoma los individuos podrían solucionar, es decir, aquellos que a pesar de incurrir en la mediación o intervención de individuos neutrales podían guiar y buscar una solución a sus inconvenientes con otros. Hoy en día las ADR y ODR incluso ya están incorporando nuevos elementos tecnológicos como la inteligencia artificial (IA) para el desarrollo del arbitraje en ámbitos como el *BlockChain* o los Smart Contracts, como señala GONZALO¹³

LOZADA y BECERRA¹⁴ expresan que “(...) la resolución de controversias a través de plataformas “*online*” ha venido manifestándose en los últimos años como una gran revolución en el mundo del derecho y del litigio, en la medida que su diseño impersonal rompe paradigmas tradicionales, y supone un cambio de mentalidad en el abogado formado entre cortes y expedientes (...)”. La precisión planteada por los autores tiene una clara afirmación y es el carácter impersonal a través del cual las controversias son resueltas en estos sistemas y/o plataformas, desde el entendido que, no es necesaria la presencialidad, sincronía entre las partes y/o establecimiento de un individuo —persona natural o institución de arbitraje— neutral para dirimir la controversia creada. Pues, el desarrollo de la plataforma es estrictamente en línea, puede

13 GONZALO QUIROGA, M. “La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos. Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 5, núm. 2, 2023, pp. 516-550, p.522 DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8067>

14 Lozada, N. y Becerra, J. “De 20 años a 2 meses: Arbitraje Online en Colombia”, *Blog de Derecho de los negocios*, 2018. <https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/de-20-anos-a-2-meses-arbitraje-online-en-colombia/>

que los conflictos que lleguen como solicitudes a estas plataformas no sean generados en el ciberespacio, pero el proceso debe llevarse a cabo en el mismo, debe tenerse en cuenta que cada plataforma debe proporcionar las políticas de seguridad de los datos que se comparten o transmiten a través de la misma, comprendiendo de forma clara, explícita y precisa los términos y condiciones que garantizan la seguridad, confidencialidad y explicitud del manejo de los datos¹⁵; por ello, en estas plataformas aunque son comprendidas y desarrolladas en entornos no físicos o específicos, sino cambiantes —en línea— ciberespacio-la seguridad y planteamiento de la información es la circunstancia que está intrínseca en la estructura de los sistemas y plataformas.

Si bien, son diversas las causas que incidieron en la construcción de los mecanismos implementados en el internet para la resolución de disputas, se podría confirmar que la primera causa de ellos se encuentra en la falta de un órgano judicial de naturaleza internacional que se faculte a solventar todo tipo de conflictos comerciales entre individuos de distintos Estados de manera pronta y eficaz, a la vez que cuente con fuerza vinculante y coactiva para llevar a cabo el cumplimiento de sus decisiones. Es por esa escasez que diferentes tipos de estos mecanismos se han venido efectuando para poder resolver de la mejor manera las controversias en línea y, de forma concreta es el mecanismo ideal para aquellas controversias del comercio electrónico que no superan la mínima cuantía, ya que permiten tener una solución ágil, eficaz y productiva para las dos partes involucradas en el conflicto.

Como se señaló anteriormente, estos sistemas emergen como efecto de la importancia de resolver disputas transaccionales de bajo monto provenientes del comercio electrónico, enfocándose en la protección de los consumidores. Precisamente, la UNIÓN EUROPEA ejerciendo su control como organismo internacional adopta la Directiva 2013/11/UE¹⁶ relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, donde se circunscribe la forma en la que se deben garantizar a los consumidores el acceso a vías sencillas, eficaces, rápidas y asequibles para el manejo de sus transacciones en línea y la resolución de los conflictos que se creen a partir de ellas, buscando reafirmar su confianza en el mercado, así como también las plataformas que hacen parte del mismo y son el medio para ofrecer sus productos y/o servicios en diferentes territorios nacionales e internacionales.

De forma armónica, la UNIÓN EUROPEA (UE) emite el Reglamento N.º 524/2013 el cual versa sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo estableciendo la creación de una plataforma mediante la cual los comerciantes y consumidores pueden resolver sus controversias de forma extrajudicial y a través de procedimientos de calidad. Este reglamento tuvo como objetivo la creación de una plataforma interactiva de uso sencillo, que le permitiera a los consumidores y comerciantes presentar reclamos a través de formularios electrónicos, en cualquier idioma oficial de los países pertenecientes a la UE y, la posibilidad de adjuntar los documentos y/o pruebas que dieran constancia de los reclamos. Por otro lado, esta platafor-

15 González Martín, N. y Mercedes Albornoz, M. “Comercio electrónico, *Online Dispute Resolution* y desarrollo”, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, núm. 12, 2014, pp. 1-21. p.11 DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.12.2014.12>

16 Directiva (UE) 2013/11/UE. Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Diario Oficial de la Unión Europea. 2013, pp. 1-17.

ma ofrece servicio gratuito a través del sistema electrónico de asuntos, recargando sobre la Comisión Europea la responsabilidad del desarrollo, buen funcionamiento y el debido mantenimiento de la plataforma, con la versatilidad y adaptabilidad a los medios técnicos correspondientes para su uso.¹⁷

VALBUENA GONZÁLEZ¹⁸ hace referencia al Reglamento creado por la Unión Europea como una de las primeras novedades que se establecen alrededor de las disputas generadas en línea referente a la materia de consumo, siendo esta una guía que permita a los demás instrumentos internacionales la creación e implementación de estas plataformas y sistemas con ocasión a la descongestión y agilidad de los procesos jurídicos de mínima cuantía de carácter comercial¹⁹.

De igual forma, unos años más tarde la Comisión de la Naciones Unidas Para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) expidió las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea²⁰, donde hace relación a los ODR como una oportunidad para la solución de conflictos de las operaciones comerciales transfronterizas realizadas entre consumidor y comerciante, sin consideración de un límite de desarrollo en los países y comprendiendo las características de flexibilidad, seguridad, rapidez y sencillez de los procesos que abarcan estas plataformas. Este documento tiene como finalidad asistir y atender las funciones y responsabilidades que tienen las partes, los terceros neutrales, y los administradores de la plataforma de ODR en cada uno de los procesos que se diriman a través de estos sistemas; y, concretizando aquellos procesos que versen de poca cuantía y en contrataciones celebradas a través de medios electrónicos entre individuos que su ubicación sobrepase fronteras.

Por otro lado, en Colombia el Ministerio de Justicia y del Derecho, consolidó el Reglamento Modelo de Arbitraje para la Resolución Electrónica de Controversias sobre Garantías Mobiliarias²¹, regulando y estableciendo la creación de una plataforma nombrada REC, mediante la cual los Centros de Arbitraje tienen la disposición de administrar para resolver las controversias en línea, permitiendo generar, enviar, recibir, archivar, procesar e intercambiar comunicaciones con el fin de dirimir una controversia de forma electrónica y a través de las TIC's. Sin embargo, es preciso agregar que las garantías mobiliarias son reguladas por la Ley 1676 de

17 Reglamento (UE) N.º 524/2013. Sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, 2013.

18 Valbuena González, F. “La plataforma Europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de Consumo”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, 2015, pp. 987–1016. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.05>

19 PEDRAZA GÓMEZ, C. “Alternativa de solución de controversias jurídicas, a través del online dispute resolution (ODR) en Colombia”. *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. VI num 17, 2021, Guadalajara, pp. 15-43 <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v6i17.367>

20 Comisión de la Naciones Unidas Para el Desarrollo Mercantil Internacional. Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea. 2017. Nueva York, pp. 1-26.

21 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO COLOMBIA. Circular No. CIR18-0000082-DJU-1500. Modelo de reglamento especial de arbitraje por medios electrónicos para controversias que se susciten respecto de garantías mobiliarias. Bogotá, D.C., 2018, pp. 1-29.

2013²² que promueven y fomentan la actividad económica y el acceso al crédito, incorporando mecanismos extrajudiciales para la ejecución de estas garantías con agilidad.

Por otra parte, uno de los procesos más usados y desarrollados por los sistemas y plataformas de ODR es el arbitraje. El arbitraje por medios electrónicos, es un mecanismo “*fast-track*” con el que se resolverán controversias sobre garantías mobiliarias en pocos meses y completamente en línea, revolucionando el uso de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias extrajudiciales. Según la plataforma europea el objetivo de los ODR es facilitarle la resolución de conflictos a los consumidores y comerciantes, sin dejar de lado que su aplicación se encuentra limitada por algunos factores que no son únicamente de índole material sino también de carácter subjetivo y formal, que resulta de la interpretación que se hace del reglamento de la ODR y la directiva ADR.

En cuanto al factor forma, se debe tener en cuenta que la plataforma sirve para aquellos procedimientos extrajudiciales de resolución del litigio, dejando de lado el uso de la tramitación de conflictos por juzgados y tribunales a través de las tradicionales vertientes jurisdiccionales. En cuanto a la aplicación de los procedimientos de ADR, no tiene una diferencia con aquellos que terminan con una solución impuesta o acordada, debido a que la plataforma brinda protección a los que sirven para atribuir una solución (arbitraje) y también a los que orientados pueden proponer una solución amistosa para facilitarle el conflicto a los interesados.

Teniendo en cuenta el factor material, la plataforma puede solucionar de manera esencial el conflicto que se presenta en la relación de consumo, esto con énfasis en los litigios relativos a obligaciones contractuales que se obtienen de contratos de compraventas o de prestación de servicios, de manera que el consumidor consigue de un precio la propiedad de ciertos bienes o el disfrute de servicios, transferidos o prestados respectivamente por un comerciante²³. Únicamente se excluyen los litigios derivados de la prestación de servicios de atención sanitaria y de enseñanza pública complementaria o superior.

Así, es pertinente tener en cuenta que los ODR comprenden diferentes mecanismos que permiten el desarrollo de soluciones a las controversias generadas y planteadas en o fuera de línea, sin embargo, los procesos no son iguales y no pueden llevarse a cabo de la misma forma uno del otro, también por su desarrollo legislativo y procesal distinto entre cada ordenamiento jurídico bien sea internacional y/o nacional.

III. ARBITRAJE EN LA ERA DIGITAL DE LOS ODR

Ahora, el Arbitraje *online* busca incitar y proporcionar el acceso a la administración de justicia, evitando etapas procesales innecesarias y causando la conformación de un procedimiento

22 Ley 1676 (COLOMBIA) de 2013. (20, agosto, 2013). Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias. Diario oficial No. 48.888. Bogotá, D.C., 2013.

23 MANCERA HERNANDEZ, D. y TORRES BUELVAS, J. “La protección del consumidor y los online Dispute Resolution en Colombia”. En: *ODR Validez y eficacia en Argentina, Colombia y Nicaragua para aportar al ODS 16*. 1ª ed., Concepción del Uruguay, Espacio Editorial Institucional UCU, 2022, pp.177.178

expedito y 100% en línea que cuenta con dos etapas. En la primera etapa, se interpone la demanda a partir del diligenciamiento de un formato electrónico, o en situación contraria puede contestarse a través del diligenciamiento de otro formato, según sea el caso.

En el caso de Colombia, y de forma similar a la Unión Europea, los escritos virtuales se diligencian en la plataforma REC e inmediatamente después se inicia la etapa de negociación automática; los usuarios tendrán la oportunidad de llegar a un acuerdo sobre la controversia con su contraparte mediante una etapa de negociación automatizada, que consiste en un “chat virtual” donde un programa hará las veces de árbitro entre las partes, es decir, el árbitro interviniente es sistematizado por los administradores de las plataformas. El ejercicio arbitral a través de ODR puede ser desarrollado también a través de Inteligencia Artificial como ocurre en algunos centros y plataformas en Europa o Estados Unidos en los que a pesar de que aún no es alto el grado de confianza de los usuarios en la IA, cada vez son mayores sus usuarios²⁴

Si la negociación fracasa, se abre paso a la siguiente etapa, donde se escoge el árbitro único (por voluntad de las partes o, en su defecto, según lo que la plataforma ofrezca). Posteriormente, se proyecta un cronograma para resolver la controversia y se surte una “etapa probatoria” donde se analizan los documentos adjuntos a la reclamación, que pueden incluir declaraciones de terceros, interrogatorios de parte y dictámenes periciales, todos aquellos elementos probatorios que sean útiles, pertinentes y conducentes para la solución de la controversia y que puedan ser transmitidos por el medio electrónico. Finalmente, se profiere el laudo, que debe ser declarado en menos de dos meses según los términos perentorios del REC. La plataforma virtual podrá ser utilizada por los centros de arbitraje y conciliación nacionales en Colombia.

De forma paralela, la CNUDMI comprende un proceso para la solución de controversias en línea, constando de tres etapas para llevar a cabo la solución en un caso determinado: negociación, arreglo facilitado y etapa final. El desarrollo de estas etapas se da de la siguiente forma: En primer lugar, el accionante presenta su reclamo y/o demanda al administrador del ODR, quien se comunica con el demandado o accionado para que presente la contestación de la demanda y así, este pueda de forma inversa comunicársela al demandante. Lo anterior, da lugar a la primera etapa, la negociación que deben realizar directamente las partes a través de la plataforma ODR. Si la etapa de negociación declina la solución de la controversia, se pasa a una segunda etapa que es el arreglo facilitado, donde el administrador del ODR de forma aleatoria e imparcial designa a un tercero neutral quien buscará dirimir el conflicto a través del dialogo con las partes. Finalmente, si el tercero neutral no logra ningún acuerdo o solución para el conflicto, se encuadra en etapa final, donde el administrador de la plataforma y el tercero interviniente, debe informar a las partes la etapa en la que se encuentran, los pasos a seguir para con la falta de acuerdo y los recursos que deben impartir²⁵.

Para hablar de un proceso a través de los ODR se debe concebir los avances que hacen parte de las nuevas tecnologías para que estos mismos se puedan realizar; uno de esos avances creado e implementado en Colombia es el Sistema de Métodos Alternos de Solución de Controversias (SIMASC) desarrollado por el Centro de Arbitraje y Conciliación, el cual se encarga de simplificar y virtualizar

24 GONZALO QUIROGA, M.op. cit. nota 13, p. 526

25 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.... op. cit., nota 19, pp. 3-4.

toda operación de cualquier proceso que esté llevando a cabo la entidad, comprendiendo funciones como la digitalización completa de cada proceso; amplia funcionalidad y disminución de tiempos; acompañamiento, certificación y telecomunicación; responsabilidad y sostenibilidad.

Por otro lado, se puede encontrar en Estados Unidos *The National Center for Technology & Dispute Resolution*, donde se brinda una lista de proveedores de ODR, periódicamente monitoreados con la finalidad de mantener la información actualizada. Asimismo, se encuentra Mediación Concilianet del Gobierno de México —conciliaciones en línea de proveedores de bienes y servicios que tienen colaboración en convenio con la Procuraduría para tal fin—; Kleros —servicio de arbitraje descentralizado para las disputas de nuevas economías—; Cibertribunal Peruano —entidad privada que resuelve controversias que versen en los registros de dominio, temas de nuevas tecnologías y propiedad Intelectual—; El Centro de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Checa para Controversias por Internet —solución de controversias que versan frente a los nombres de dominio “.eu” con sede en Praga—; entre otros sistemas y/o plataformas ODR.

Con respecto a lo anterior, estos sistemas conllevan un procedimiento de solución de controversias en línea independientemente de que se lleve a cabo una mediación, conciliación o proceso de arbitraje. Aunado a lo anterior, poseen una característica específica que corresponde a la flexibilidad, ya que, como lo dice NAVA²⁶ es posible individualizar cada caso y adaptarse a lo requerido por las partes intervinientes. La particularidad que tienen estos procesos a través de los ODR, es que van en torno a la materia contractual —contratos entre empresas y consumidores o empresas y empresas-y, no contractual —derechos de autor, nombres de dominio, materia de propiedad intelectual—. Debe tenerse en cuenta que las características de estos sistemas versan en sus modalidades impersonales principalmente y por su bajo costo para resolver una controversia de poca cuantía, dando alternativas relevantes a los consumidores y comerciantes que consolidan sus relaciones contractuales a través del ciberespacio.

Así, como se ha ido abordando, los ODR comprenden diferentes formas de solución de controversias, el arbitraje es un mecanismo que se lleva a cabo, uno de los más usados y comprendidos para resolver las disputas de los contratos *Wraps*. De acuerdo con CALDERON, los contratos wraps son “contratos electrónicos que se desarrollan a partir de portales web, contratos de adhesión que se celebran a través de comunicación electrónica y mensaje de datos, mediante la página de internet de un vendedor”²⁷. Este tipo de contrato se han desarrollado a partir del comercio electrónico y en particular de los *B2C*, los cuales son también conocidos en el derecho anglosajón como *web wrap agreements*. Las modalidades más comunes de estos contratos son los denominados *clickwrap*, *browsewrap* y *sing-inwrap*, figuras contractuales de amplísimo uso a través de páginas web que aún tienen escasa regulación a nivel global salvo los esfuerzos que ya se han adelantado en la Unión Europea por proteger a los consumidores²⁸.

26 Nava González, W. “Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en línea: su problemática en el derecho internacional privado”. *Anuario colombiano de Derecho internacional*, No. 13, 2020, Bogotá, p. 187-208. <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429563865007/index.html>.

27 CALDERON, E. “Teorías del perfeccionamiento de los contratos wraps” En: *Validez y eficacia de los contratos en páginas webs*. 1ª ed., Bogotá, Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, 2022, pp. 21-55, p.36

28 CALDERON, E. TORRES, J. “La función de la autonomía de la voluntad en los contratos wraps, perspectivas desde el derecho colombiano”. En: *Aportes iberoamericanos al derecho internacional: pandemias*,

Sin embargo, otro de los mecanismos que llama la atención y de los cuales los usuarios hacen uso, es la mediación. Lo anterior dispone para estos sistemas o plataformas, que cada proceso que se delibere coadyuve al perfeccionamiento y personalización de los diferentes protocolos y solicitudes para la atención de los intervinientes de cada caso en particular, mejorando la eficacia y eficiencia del servicio prestado a los usuarios en la resolución de sus controversias.

IV. E-MEDIACIÓN: LA MEDIACIÓN DIGITAL

La mediación se refiere a las disputas que requieren de un tercero imparcial que como su nombre lo indica medie entre las partes facilitando la comunicación, comprensión y acuerdo entre las mismas, para llegar a una solución. Lo anterior se diferencia del arbitraje porque el mediador no se involucra ni participa en la decisión final, sino que a través de su conocimiento, habilidades y capacidad de análisis de la situación brinda a las partes un acompañamiento para que estas determinen de forma pacífica y autónoma los puntos mediados y resolutos en la discordia. Es pertinente recordar que la mediación se refiere a la disputa en busca de solución donde existe un tercero imparcial quien facilita la comunicación, comprensión y acuerdo entre las partes para llegar a una solución. Frente a esto, es imprescindible tener en cuenta que para llevar a cabo el buen desarrollo de un mecanismo alternativo de solución de controversias se debe cumplir con ciertos estándares enmarcados en las reglas establecidas para el procedimiento que debe llevarse a cabo.

Así, se unen *American Arbitration Association*, *American Bar Association*, y Sociedad de Profesionales para la resolución de Disputas (SPIRDR) con el fin de unificar un modelo de estándares de conducta que deba cumplirse por los profesionales mediadores durante el proceso de mediación, ésta guía tiene por nombre Modelo de Normas de Conducta para Mediadores aprobado por las instituciones mencionadas anteriormente, para recopilar todas aquellas experiencias con el fin de mejorar la aplicación de la mediación en los procesos concretos de cada caso sometidos a mediación²⁹. Para ello se implementa la conjunción de nueve normas que refieren a la autodeterminación, imparcialidad, conflictos de intereses, competencia, confidencialidad, calidad del proceso, publicidad y solicitud, precios y otros cargos, progresos determinados a la profesión de mediación³⁰. Estos preceptos que indican de forma intrínseca la fórmula de conducta comportamental de los mediadores, indican de forma redundante la ética conducente que se debe llevar en un proceso de mediación *online*.

Sin embargo, aunque estas plataformas llevan un régimen de custodia constante sobre los protocolos que deben impartir para cumplir con los estándares de seguridad para con los datos de los usuarios, deben de igual forma atender los fines éticos establecidos y exigidos para tales

corrupción, transiciones, inversiones, derechos humanos y medio ambiente. 1ª ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2022, pp. 731-765, p.749

29 Rozenblum, S. “Estándares modelo de conducta para mediadores”. 2016. <https://docplayer.es/13462100-Estandares-modelo-de-conducta-para-mediadores.html>

30 RENDON, J. “Ética y Profesionalismo del Mediador: Una Receta Para el Éxito Profesional”. 2015. [Mediate.com. https://www.mediate.com/articles/RendonJ7Espanol.cfm](https://www.mediate.com/articles/RendonJ7Espanol.cfm).

funciones, es decir, aquellas pautas éticas establecidas para con las partes, terceros neutrales y administradores de la plataforma y/o sistema ODR.

V. ÉTICA A TRAVÉS DE PLATAFORMAS ODR

Los patrones éticos se establecen de forma determinada y para el cumplimiento de fines específicos con ocasión a ciertas situaciones. Los diferentes parámetros éticos se fundamentan en cualquier circunstancia y/o actuación por parte de un individuo, que implique el beneficio o afectación de otros pertenecientes a una sociedad. Por ello, los conceptos de ética son dispersos y dejan espacios vacilantes de interpretación, permitiendo la confusión y enlazamientos con otros términos que consienten la asimilación de esta palabra como una ataque o cercenamiento al libre actuar como individuo. Esto nos da paso a revisar la comprensión de diferentes autores de lo que se entiende por ética.

1. Ética y su concepto tercermundista

BLAQUIER³¹ dice que “La ética es la doctrina de las costumbres” el autor a través del análisis de la concepción ética de Aristóteles, hace referencia a la misma como parte de la política, estableciéndola en las normas generales del actuar del ser humano, es decir, su forma comportamental entre lo correcto e incorrecto es lo que podría catalogar la conducta o actuación de un individuo en una sociedad respecto a una situación en específico.

VILCHEZ³² menciona que “ la ética se refiere a la disciplina filosófica que constituye una reflexión sobre los problemas morales. Moral, es el conjunto de principios, normas y valores que cada generación trasmite a la siguiente, en la confianza de que se trata de un buen legado de orientaciones sobre el modo de comportarse para llevar una vida *buena y justa*.” Lo anterior, hace referencia a todas aquellas versiones generacionales que se crean en cada una de las comunidades, constituyendo lo que se entendería como aspectos comportamentales del actuar de un individuo que obedecen a la forma en que deben acatar una estructura u organización correspondiente, es decir, cada generación crea las estructuras comportamentales (estándares éticos) enmarcados en diferentes áreas del conocimiento o bien se pueda decir profesionales.

Sin embargo, el carácter tercermundista de este concepto es la connotación netamente moral que se le atribuye; así, la ética viene siendo el estudio del comportamiento de una persona en un contexto reglado de forma determinada. Pues bien, este concepto es entendido como la moralidad que enmarca el bien y el mal directamente con el marco religioso; concepto que debe identificarse desde el “deber cumplir” que tiene cada individuo respecto al contexto —profesional, académico, social, cultural, entre otros— en el que se encuentre.

31 Esta postura es la planteada por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas . BLANQUIER, P. ¿Qué es la ética? Buenos Aires: Pablo Casamajor Ediciones, 2009. . <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/07Blaquier.pdf>

32 Vilchez, Y. “Ética y Moral. Una mirada desde la gerencia pública”. *Revista Formación Gerencial*, No. 2, 2012, pp. 232-247. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4192166>

Así, con respecto a los ODR existen los estándares o parámetros éticos que permitirían de un modo u otro el desarrollo autónomo, eficiente y correcto de los mecanismos de solución de conflictos a través de medios electrónicos. Con respecto a lo anterior, es pertinente entender que los estándares éticos se aplican conforme a las partes intervinientes fundamentales en cada una de las disputas diferenciando el mecanismo para resolverlas, es decir, son ordenados de formas distintas en relación con cada uno de los MASC/ADR.

2. Inconvenientes de los estándares éticos en plataformas

De igual forma, la implementación de estos mecanismos de solución de controversias en línea comprende desafíos rimbombantes y que requieren de atención, los cuales tienen que ver con el vacío o inconsistencia ética de estos procedimientos, comprendiendo así la interoperabilidad de los sistemas, la confidencialidad del procedimiento y el marco normativo inexistente, adicionando la falta de adaptación de los protocolos de seguridad y protección de la información proporcionada a los sistemas y la ineficacia de los compromisos éticos prestados por los mediadores neutrales presentes en las periferias rurales a nivel mundial.

En primer lugar, como bien se menciona, la interoperabilidad es “la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que estos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos”³³. Esto puede considerarse como la afectación a la ética de los intervinientes del proceso, específicamente de las partes, desde el entendido que entre los diferentes sistemas manejados por los ODR se intercambia y utiliza la información de cada proceso, sin tener un filtro de confidencialidad o de seguridad que pueda permitir y brindar la tranquilidad de tener la información segura en los procedimientos que se llevan a cabo. En segundo lugar, y un poco unido con lo anterior, no es posible evidenciar de forma concreta, eficaz y veraz la confidencialidad de la información y/o pruebas que se aportan al proceso, comprendiendo que este tipo de plataformas, aunque son controladas y monitoreadas por los administradores de las mismas, no prestan la confianza y transparencia como principios inalterables que conforman los ODR. Aunado a lo anterior, debe precisarse que la seguridad de los sistemas a través de los que se intercambian los datos debe garantizarse por protocolos de cifrado de datos que enmarquen las garantías de confidencialidad y autenticidad de las cuales debe gozar cada individuo que usa estas plataformas, desde el entendido que ya no se habla de ordenadores estáticos de los ODR, sino del uso de tecnologías móviles y flexibles del ciberespacio³⁴.

Por otro lado, con relación a los parámetros éticos aplicables a los intervinientes de los procesos que se llevan a cabo en estas plataformas, existe un sujeto o interviniente inteligible, el me-

33 LEZCANO, J. “¿La interoperabilidad en la administración de justicia bonaerense y la calidad del dato como elemento clave para el acceso a derechos?” *Electronic Journal of SADIO (EJS)*, vol 22, núm 2, pp.243-261 <https://publicaciones.sadio.org.ar/index.php/EJS/article/view/507>

34 Jeretina, U. “Consumer Online Dispute Resolution (ODR) – A Mechanism for Innovative E-governance in EU 1”. *Central European Public Administration Review*, vol. 16, núm. 2, pp. 45-67.

diador automatizado³⁵. Siendo este un interviniente automatizado ¿Cómo puede evidenciarse su actuar desde lo ético, cuando no distingue de moralidad sino de pura lógica? Pues es pertinente tener en cuenta que en este caso puede hablarse y adaptarse a un prototipo de Inteligencia Artificial (IA), el cual solo puede percibir con sus actuares objetivos y automatizados en razón a los datos proporcionados. Se trae a colación que, para los Sistemas de IA a diferencia de una sistematización basada en logaritmos básicos, prima el aprendizaje, es decir, con cada situación que vaya conociendo y con las debidas modificaciones en su patrón de algoritmo, puede sobrepasar la lógica de los sistemas automatizados e ir más allá de las interpretaciones morales de los individuos. Y, es a partir de estas circunstancias que deben comprenderse los parámetros éticos automatizados, es decir, estándares que puedan encajarse con lo moral y lo lógico, regulaciones que puedan a través de algoritmos generar el aprendizaje suficiente para que el programa que se sistematiza para cumplir la función de un mediador, pueda cumplir con los principios de imparcialidad y objetividad que caracterizan dependiendo de las situaciones que tienen a su conocimiento.

Por otro lado, es de suma importancia traer a colación que la principal característica de los ODR es la flexibilidad, comprendida como la adaptación específica en los procesos y la exigencia de las partes, es decir, las soluciones de cada proceso versan en el conflicto que se está abordando de forma concreta, específica y determinada. Sin embargo, se tiene en cuenta que esta característica puede ser inhibida parcialmente, siempre y cuando se cree un marco normativo, ya que, este restringiría y desmejoraría indebidamente los procesos. Es por esta razón que se ha propuesto por cada una de las organizaciones que adelanta este tipo de procesos en línea, crear una autorregulación que pueda modificarse y establecerse conforme a los cambios que han venido implementándose desde el avance de las ciencias tecnológicas y la Inteligencia Artificial, hasta el cambio en las disposiciones del comercio electrónico a nivel global, que permita la adaptación generacional de los comportamientos éticos que deben realizarse en el margen de la cultura social actual con relación a cualquier tipo de proceso que verse fuera y dentro del ciberespacio³⁶.

Ahora bien, lo anteriormente mencionado tiene un leve problema ético, el cual versaría en la libertad de manejo que tiene cada organización para disponer de la elaboración de principios y reglamentos que vayan acorde con las diferentes disposiciones de los ordenamientos jurídicos internos de cada uno de los Estados. Esto, teniendo en cuenta que si no existe un equilibrio entre la regulación y la flexibilidad característica de los ODR se comprendería la existencia de un amplio margen o vacío jurídico que a la larga puede afectar a cualquiera de las partes intervinientes en el proceso, de forma concreta y como regularmente se ha evidenciado, a la parte más débil en los conflictos derivados del comercio electrónico, el consumidor. Aunque, debe tenerse en cuenta que la medición de levedad o gravedad referentes a los problemas éticos son comprendidos de acuerdo a los cambios generacionales, esto conforme a la concepción de lo que se entiende por ética y en razón a los estándares ético-normativos que son equivalentes a

35 O’Sullivan, T. “Developing an Online Dispute Resolution scheme for New Zealand consumers who shop online—are automated negotiation tools the key to improving access to justice?” *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 24, núm 1, 2016, pp. 22–43.

36 Nava González, W,..... op. cit., nota 23, p.201

los diferentes sistemas ODR, debido a que, ninguna plataforma se desarrolla, fundamenta o construye de forma idéntica a otra.

Asimismo, la normatividad no creada y faltante para la regulación de los ODR de cierta forma va en consonancia y/o de la mano, con lo que se ha conocido, comprendido y establecido por la teoría contractual como uno de los principios del contrato, la autonomía de la voluntad más específicamente la autonomía conflictual. Esta es definida por MADRID como la elección autónoma y libre de las partes para decidir o elegir que ordenamiento jurídico regulará el contrato que celebran, permitiendo tener ellas la independencia de desplazar la ley a conveniencia y decisión propia.³⁷ Se trae a colación la mención de la autonomía conflictual, porque es precisamente la relevancia que trae el comercio electrónico y los conflictos que se generan del mismo, debido a la interacción de las partes de forma transfronteriza, es decir, el territorio no es el limitante ni desde la perspectiva del comercio y mucho menos desde la versación normativa que indique el comercio como tal.

Aunado a lo anterior, las perspectivas éticas deben involucrarse y permear la autonomía de la voluntad de cada individuo parte de la sociedad, no puede en ningún caso el comerciante perjudicar al consumidor y viceversa. Pues bien, los dos deben tener y encontrarse en equilibrio de condiciones al momento de acordar soluciones para la controversia que atraviesan en línea. Para dar claridad a lo que se aborda en líneas anteriores, se trae a colación el contrato de Condiciones de Servicio de TikTok, el cual en sus Avisos legales específicamente en los Términos del servicio establece en la cláusula de arbitramento que la legislación y jurisdicción aplicable para cualquier conflicto que verse con el aplicativo y/o el servicio brindado por la empresa, deberá determinarse y regirse por las leyes de Singapur, en el idioma inglés y a través del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC)³⁸.

El ejemplo anterior, permite evidenciar que la autonomía conflictual determinada por la empresa que dirige la plataforma TikTok, deja en completa desventaja a los usuarios de la misma, ya que, el régimen legislativo, idioma e incluso el valor del centro de arbitraje sobrepasan los parámetros éticos que vayan en consonancia con el equilibrio de los principios de flexibilidad e imparcialidad, ya que, cualquier acuerdo que verse en ese ordenamiento jurídico tiende a ser ventajoso para la empresa sobre el consumidor, debido a que el conocimiento del mismo no es equitativo y la solución en llegado caso que beneficie a la parte fuerte del contrato, dejaría una deuda alta para con el Centro de arbitraje, ya que, como lo veíamos en apartados anteriores, el uso de los Centros de Arbitraje se relaciona con los conflictos que sobrepasan la mínima cuantía. Esta modalidad comprendida por el Derecho Internacional Privado es conocida como el *forum shopping*.

El *forum shopping* traducido al español se entiende como la búsqueda del foro más favorable, es decir, la posibilidad que tienen las personas de buscar el lugar o la normativa más ventajosa

37 Madrid Martínez, L. “De las diversas formas de excepción de la autonomía conflictual en la contratación internacional colombiana”. *AEDIPr*; vol. 18, 2018, pp. 637-660.

38 TikTok. Avisos legales: Términos del Servicio. 2021.

o conveniente para deliberar o juzgar un caso determinado³⁹. Esta alternativa en este caso es sustentada en la autonomía conflictual de elección de la parte fuerte de la relación contractual, pues es quien en el contrato establece en sus cláusulas frente a que foro —cuerpo normativo— se resolverá la disputa. Sin embargo, no siempre en el texto contractual se establece bajo que marco normativo se versará el conflicto que surja entre individuos con domicilios internacionales, en llegado caso que esto suceda es importante que la relación contractual tenga puntos de contacto.

Es importante tener en cuenta que para tener cabida una disposición entre partes con relación al *fórum shopping* deben existir puntos de conexión para determinar la jurisdicción aplicable, estos pueden ser el domicilio de las partes o la ubicación de las propiedades del demandado. Para llevarse a cabo esta modalidad, se deben tener en cuenta dos puntos indispensables: la competencia de los tribunales intervinientes y la normatividad que cada tribunal tenga su base debe ser completamente distinta una a otra, es decir, sus consecuencias y/o resultados deben ser completamente heterogéneos. Lo anterior, es la posibilidad que enmarca la autonomía conflictual de que dos o más jurisdicciones concurren en un mismo conflicto que trasciende las barreras del fuero territorial⁴⁰.

Otro de los puntos éticos a cuestionar, puede darse desde las etapas que llevan a cabo este tipo de procedimientos en línea, que como se estableció en apartados anteriores al describir el proceso de los ODR por la CNUDMI se encuentra que, en llegado caso que las partes no lleguen a un acuerdo en la segunda etapa, los ya mencionados administrador y tercero neutral deberán ofrecer a las partes otras disposiciones procesales, las cuales solo serán de carácter informativo y/o enunciativo, es decir, simplemente informan a los intervinientes que en este caso son usuarios de estas plataformas, las disposiciones procesales a las cuales deberán acudir debido a su discordancia en todo el procedimiento que se llevó a cabo. La contrariedad con este apartado desde el punto ético, es por la incertidumbre, falta de eficiencia y resolución frente a un caso determinado, debido a que, si las partes no llegan a una solución en la tercera etapa, no hay otra alternativa sino la indicación de acudir a las instancias judiciales, lo que dejaría la actuación de los profesionales que hacen parte de la plataforma como inconsistente y fallida.

Lo anterior requiere que, el procedimiento iniciado por la CNUDMI para los ODR modifique la indicación final creando una cuarta etapa que le permita a las partes con ocasión a la revisión de los puntos en desacuerdo y con ayuda del profesional a cargo, deliberar otras opciones que les permite concluir con el conflicto y dar solución al mismo. De esta manera, puede analizarse el papel ético de un tercero neutral quien, de forma específica en el proceso de mediación, debe cumplir con unos requerimientos que le dan la veracidad para librar los procedimientos a través de estas plataformas de solución de controversias *online*.

Por último, uno de los inconvenientes que va ligado con el papel ético de un tercero neutral es la falta de atención del desarrollo de estos sistemas en las áreas periféricas en el mundo,

39 Aguilar Domínguez, A. “La delgada línea entre el *fórum shopping* y el fraude a la ley”. *Revista de Derecho privado*, No. 13, 2018, Ciudad de México, pp. 61-90.

40 Id., nota 34

y a esto hace relación YAZDANI⁴¹ cuando habla de la implementación de estas plataformas en Afganistán, donde se puede revisar y enumerar de forma selectiva los lugares a los cuales se tienen acceso en este territorio, ocasionando que estos MASC en línea no sean factibles para la población del territorio y los conflictos que se presenten entre ellos sean resueltos por la Jirga —grupo formado por ancianos del territorio que se consideran moralmente adecuados para resolver las controversias de quienes pertenecen a la comunidad y quienes fundamentan sus decisiones en los preceptos de su religión— sin embargo, esto no es el del todo veraz y muchas veces sus decisiones no son justas ni equitativas, ya que, están basadas en valores tribales y religiosos, lo cual evidencia la falta de imparcialidad y neutralidad que son principios y características de los terceros neutrales.

Teniendo en cuenta, los estándares éticos analizados en este artículo, puede concluirse sobre aquellas situaciones que como autores se ven transgredidas en esos estamentos conductuales parte de la ética que deben cumplirse conforme al desarrollo, estructura y fundamentación de los sistemas y plataformas ODR.

VI. CONCLUSIONES

Podemos concluir que los ODR como mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias, se han ido consolidando no solo como mecanismos de resolución de controversias en el mundo, sino también como una herramienta esencial y eficaz para forjar confianza en el comercio electrónico. Es importante resaltar que estos sistemas de resolución de controversias en línea se han desarrollando principalmente en el sector privado, en el cual ha demostrado flexibilidad, rapidez y aceptación. Pese a lo anterior, en muchos países aun es poca la intervención del Estado en su regulación como es el caso de América latina y por ello existe la imperiosa necesidad de que los Estados doten a estos mecanismos de un marco normativo adecuado, que permita generar mayor confianza y seguridad jurídica a sus usuarios, particularmente en momentos en donde la IA ha comenzado a ser utilizada en mayor escala dentro de algunos ODR.

Por otro lado, debe atenderse de forma concreta los dilemas éticos que hasta ahora se presentan en el uso de los ODR/ADR. Como se explicó, actualmente no hay claridad ni especificidad de los estándares éticos que deben incorporarse en los protocolos, reglamentos, procedimientos y programaciones de los ODR, así como tampoco el que deben cumplir los profesionales que llevan a cabo los procesos en las plataformas. Como se evidenció en el artículo, existen vacíos en todas aquellas disposiciones que permiten el correcto funcionamiento de las plataformas y/o sistemas, pues estas por ahora han adoptado estándares éticos superficiales, especialmente en lo que respecta a los deberes de las partes que son participes del proceso.

Uno de los inconvenientes en el apartado ético, puede verse alrededor de lo que los doctores llaman como la cuarta parte interviniente. Pues bien, no puede comprenderse a la tec-

41 Yazdani, F. “Online Dispute Resolution in a Traditional Justice System”. *International Journal of Online Dispute Resolution*, núm 1, 2020, pp. 94-100. <https://dx.doi.org/10.5553/ijodr/235250022020006001009>

nología como parte del proceso sino por el contrario entenderse como el medio del mismo; si se pretende un cambio en el paradigma de los intervinientes del proceso deben estudiarse las programaciones de estas plataformas y transformarse para que salgan de lo primitivo y se ubiquen en instancias de la Inteligencia Artificial, que permitan a través del aprendizaje adquirir nuevos métodos e ir avanzando e incursionando en diferentes modalidades que le hagan justicia a la administración o desarrollo de cada caso específico. Sin embargo, debe prestarse completa atención a la ética que debe implementarse con relación a los sistemas y protocolos de seguridad que permitan que los usuarios brinden completa confianza a la plataforma para que pueda transmitir, enviar, recibir y almacenar la información sensible a través de redes como el Internet. Asimismo, deben establecerse los estándares éticos que deben cumplir las partes intervinientes, pues son esos estándares los que brindarán una pauta a las mismas, para desarrollar su papel acorde con el deber ser en los procesos que se lleven a cabo.

Finalmente, para atender los inconvenientes éticos que se presentan en los sistemas ODR, es conveniente acudir a soluciones que incluyan la creación de marcos jurídicos estatales y de derecho convencional que permitan la regulación de estos instrumentos por cada Estado, en armonía con la doctrina internacional. También imprescindible atender las normativa internacional y las recomendaciones de organismos técnicos internacionales como los propuestos por la CNUDMI para que los ordenamientos latinoamericanos —y en particular el Colombiano—, construyan marcos regulatorios para los sistemas ODR, que puedan adaptarse con facilidad a los permanentes avances tecnológicos que se producen en la materia. Supervisar más de cerca las relaciones contractuales en las que están involucrados los consumidores en el mercado nacional o en los internacionales, permitirá no solo prevenir más efectivamente los conflictos en dichas operaciones, sino sobre todo salvaguardar sus derechos y los del ordenamiento jurídico nacional. Es importante recordar que actualmente no hay límites en las relaciones contractuales, pues estas tienen lugar en el ciberespacio y versan principalmente sobre instrumentos de contratación electrónica, como los contratos *Wraps*. Finalmente es importante pueda brindar mayor confianza a los diferentes tipos de usuarios y agentes que hacen uso de los ODR para que estos logren su propósito de servir de medios eficaces de acceso a la justicia nacional e internacional.

CRÓNICAS

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, N. PASTOR PALOMAR,
E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO, M. GARCÍA CASAS,
E. M. RUBIO FERNÁNDEZ, F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA,
A. D. ARRUFAT CÁRDAVA Y R. FERNÁNDEZ EGEA**

**COORDINADA POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ*
Y M. GARCÍA CASAS****

SUMARIO:

LA SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2023 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DE LA LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (GUYANA C. VENEZUELA)

POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO PP. 551-556

CIERTOS ACTIVOS IRANÍES (REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN c. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 30 DE MARZO DE 2023

POR N. PASTOR PALOMAR PP. 557-562

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 28 DE ABRIL DE 2023 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (MAURICIO/MALDIVAS)

POR E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO PP. 563-567

LAS OPINIONES DISIDENTES DE LOS ÁRBITROS: ¿UNA OPORTUNIDAD PARA ESPAÑA? (LA SOLICITUD DE ANULACIÓN EN OPERAFUND Y WATKINS c. ESPAÑA)

POR F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA PP. 569-573

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia (evarubio@um.es).

** Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad Autónoma de Madrid (maria.garciac@uam.es).

LA OBLIGACIÓN DE ELEGIR A LOS MIEMBROS DEL CGPJ: SENTENCIA DEL TEDH DE 22 DE JUNIO DE 2023, ASUNTO LORENZO BRAGADO Y OTROS C. ESPAÑA

POR M. GARCÍA CASAS pp. 575-578

LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN LA SEDE CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (SENTENCIA, CASO *BRÍTEZ ARCE ET AL. c. ARGENTINA*, DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2022)

POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ pp. 579-583

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN 5ª) N° 1038/2023 Y N° 1079/2023, DE 18 DE JULIO DE 2023: LOS “JUICIOS POR EL CLIMA 1.0 Y 2.0”

POR R.M. FERNÁNDEZ EGEA pp. 585-591

DE RESORTE AUTOMÁTICO PARA LA OBTENCIÓN DE REPARACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA A MERO INSTRUMENTO ORIENTADOR DE MEDIDAS LEGISLATIVAS: VAIVENES EN TORNO AL VALOR DE LAS DECISIONES DEL CAT SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. LA SENTENCIA 786/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2023

POR A.D. ARRUFAT CÁRDAVA pp. 593-597

LA SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2023 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DE LA LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (GUYANA C. VENEZUELA)

SOLEDAD TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO*

I HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (en adelante, la CIJ o la Corte) se pronunció, en su Sentencia de 6 de abril de 2023, acerca de la excepción preliminar venezolana de admisibilidad de la demanda interpuesta, el 9 de marzo de 2018, por Guyana respecto del Laudo arbitral de 3 de octubre de 1899. Se trata de la segunda sentencia dictada por la CIJ en relación con la demanda guyanesa, pues el 18 de diciembre de 2020 se había declarado competente para conocer del fondo de la demanda que perseguía que el órgano judicial principal de Naciones Unidas se pronunciara acerca de la validez del citado Laudo¹.

Nos encontramos ante “el litigio territorial más antiguo sin resolver en el continente” americano², que hunde sus raíces remotas en el Tratado de Münster de 24 de octubre de 1648, en el que se reconocieron las posesiones de España y Países Bajos en América, Asia y África³. El territorio que nos ocupa fue adquirido por Reino Unido⁴ en el Convenio anglo-neerlandés de 1814, por el que Países Bajos le cede “Demerara, Berbice y Esequibo”⁵. Cesión que no detuvo el comportamiento expansivo británico característico durante la segunda mitad del siglo XIX⁶.

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid. Comentario realizado al amparo del Proyecto de investigación titulado “Hacia una Corte Internacional de Justicia del siglo XXI” (PID2022-141166NB-I00).

- 1 Existe variada literatura en la que se cuestiona la validez del Laudo, entre la que puede verse CARRILLO ZAMORA, M.A. “La impugnación internacional del Laudo arbitral por fraude procesal: especial referencia a la reclamación venezolana sobre el territorio de la Guayana Esequiba”, en *RJUAM*, nº 17, 2008-1, pp. 75 y ss.
- 2 LASO PÉREZ, J., “Comentario a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 18 de diciembre de 2020, Laudo arbitral de 3 de octubre de 1899 (Guyana c. Venezuela), en *REEI*, nº 41, 2021.
- 3 USUNÁRIZ J. M. “América, la política internacional europea y las “relaciones de sucesos” españolas tras los tratados de Westfalia” en *Revista Chilena de Literatura*, nº 85, noviembre 2013, puede verse en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22952013000300008
- 4 Ver sobre la versión británica de la historia, entre otros: LANDOWNER, A., *British Guiana. Demerara. After fifteen years of freedom*, Londres, 1858, en: <https://books.google.co.ve/books?id=DW5YRW1agzC&printsec=frontcover&dq=British+Guiana&hl=es&sa=X&ved=0CCIQ6AEwAWoVChMI16zBw-vXxxgIVwZYeCh2WlQQu#v=onepage&q=British%2520Guiana&f=false>
- 5 MOROS CONTRERAS, E.G., “El ejercicio de la soberanía venezolana en aguas del Mar de las Antillas durante el siglo XIX y principios del siglo XX”, tesis doctoral defendida en la Universidad de Granada el 18 de diciembre de 2015, p. 54. Puede descargarse desde: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/42195?show=full>
- 6 Id. nota anterior, p. 15.

Venezuela y Reino Unido celebraron el 2 de febrero de 1897 un tratado en virtud del cual someten la controversia territorial a arbitraje⁷ con el propósito de determinar la soberanía sobre este espacio, cuyo resultado se materializó en el Laudo arbitral el 3 de octubre de 1899, por el que Venezuela perdía “159.500 km que constituían más del noventa por ciento del territorio controvertido, extensión que resultaba mucho mayor de la cedida por Países Bajos mediante el Tratado de Londres de 13 de agosto de 1814”⁸.

Tras el fallecimiento de Severo Mallet-Prevost, abogado de Venezuela en aquel procedimiento, se publica un texto de su autoría en el que afirma la ilegalidad del Laudo⁹. El 14 de febrero de 1962, Venezuela alegó la nulidad de esta sentencia arbitral en Naciones Unidas debido a la parcialidad del órgano arbitral que lo había emitido¹⁰. El 17 de febrero de 1966 se firma en Ginebra el Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y Guyana Británica¹¹. Se trata de un texto convencional de gran interés pues no solo reconoce la existencia de una controversia respecto del Esequibo, también crea una Comisión Mixta con el objeto de “buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guyana Británica es nulo e irritado” (artículo I). Si, no se lograra el acuerdo sobre el medio de solución aplicable “referirán la decisión a un órgano internacional apropiado que ambos Gobiernos acuerden”; y, si no lo alcanzasen, será el Secretario General de Naciones Unidas quien escogerá uno de los medios de solución de controversias incorporados en el artículo 33 de la Carta “sucesivamente hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho Artículo hayan sido agotados” (artículo IV.2).

Tras el fracaso de los buenos oficios prolongados en el tiempo, el 16 de diciembre de 2016, el Secretario General de Naciones Unidas elige, con fundamento en el precepto recién transcrito, el arreglo judicial ante la CIJ¹². La respuesta del Presidente de Venezuela oponiéndose a la elección del medio indicado por el Secretario General no se hace esperar. El 29 de marzo de 2018, Guyana deposita su demanda ante el Secretario de la CIJ. El 12 de abril de 2019, Venezuela confirma su decisión de no participar en el procedimiento. La Corte, en su sentencia de 18 de diciembre de 2020 decide afirmativamente acerca de su competencia. Con fundamento en el artículo 79 bis del Reglamento de la CIJ, Venezuela deposita su escrito de excepciones preliminares de admisibilidad de la demanda guyanesa, a la que la Corte responde mediante la Sentencia que es objeto de este comentario.

7 Puede verse junto con el Laudo dictado en: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/331-340.pdf

8 BADELL MADRID, R., *La reclamación de Venezuela sobre el territorio Esequibo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2023, p. 44.

9 Vid. En *AJIL*, vol. 43, n° 3, julio 1949, pp. 523 y ss. El texto del memorándum se encuentra en la p. 528 y ss.

10 Sentencia de la CIJ, de 18 de diciembre de 2020, en el asunto del Laudo arbitral de 3 de octubre de 1899, Jurisdicción de la Corte, párrafo 35.

11 Puede verse en *United Nations Treaty Series*, 1966, pp. 322.

12 Id. Nota10, párrafo 57.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El asunto en presencia plantea problemas jurídicos de interés, uno de ellos, resuelto por la Sentencia dictada por la CIJ dos años y medio antes, derivaba de que el fundamento de la jurisdicción de la Corte se encuentra en la elección indirecta del medio de solución aplicable, puesto que las partes acordaron dejar en manos de un tercero la identificación del mecanismo aplicable. De este modo se quiebra el principio de libre elección de medios de solución de controversias internacionales tal y como lo entendíamos hasta ahora, puesto que, como ya indicara la CIJ en su jurisprudencia, sólo la voluntad de las partes fundamenta su competencia¹³, lo que no ocurre en este asunto, puesto que Venezuela se opone a la aplicación del arreglo judicial para procurar la solución de la controversia en presencia.

La Sentencia de la CIJ objeto de este comentario se enfrenta a distintos problemas jurídicos: el primero, si nos encontramos ante una excepción preliminar que cuestiona la competencia de la Corte (como afirma Guyana) o la admisibilidad de la demanda; el segundo, el núcleo de la excepción preliminar, es la doctrina del *oro amonedado*¹⁴, debido a la ausencia del Reino Unido en el procedimiento, pues son tres los Estados parte en el Acuerdo de Ginebra de 1966 (que proporciona el vínculo jurisdiccional, según la Sentencia de 2020). Ello es así, por cuanto el artículo VIII de este texto convencional, en previsión de la inminente independencia de Guyana, establecía que este Estado sería parte junto con los dos firmantes y no sucesor de la que fue su potencia administradora.

Por lo que se refiere a la naturaleza de la excepción preliminar, Guyana defiende estar en presencia de una excepción preliminar de competencia, cuestión resuelta en la Sentencia de 2020, de modo que la CIJ solo podría pronunciarse acerca de ella vulnerando el principio de cosa juzgada característico de la jurisprudencia del tribunal principal de las Naciones Unidas. En concreto, Guyana sostiene que se trata de una suerte de apelación contra la sentencia previa de este órgano judicial¹⁵.

La Corte resuelve esta primera argumentación indicando la diferencia entre la existencia de competencia para conocer del fondo del asunto y el ejercicio de la misma. Así, en la Sentencia de 2020 se proclamó competente para conocer del fondo de la demanda introducida por Guyana frente a Venezuela. Sin embargo, la excepción preliminar ahora introducida versa sobre el ejercicio de la competencia decidida, pues solo un órgano competente puede pronunciarse sobre la admisibilidad de las demandas a él sometidas¹⁶. Por ello, la Corte concluye que la ex-

13 Ver en este sentido la Sentencia de 20 de diciembre de 1988, en el caso de las actividades armadas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras) parágrafo 16.

14 Sobre esta doctrina puede verse JIMÉNEZ PIERNAS, C., "Fundamento, concepto y naturaleza jurídica de la doctrina del oro amonedado (tercero indispensable) en la jurisprudencia internacional", en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., SALINAS FRÍAS, A. (coords.) *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, 2005, vol. 2, pp. 733 y ss.

15 Ver en este sentido las observaciones escritas de Guyana sobre las excepciones preliminares interpuestas por Venezuela, especialmente parágrafo 5, en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20220715-WRI-01-00-EN.pdf>

16 Parágrafos 64 y ss. De la Sentencia.

cepción venezolana, ciertamente, versa sobre la admisibilidad de la demanda interpuesta por Guyana y no sobre la competencia para conocer judicialmente de la misma.

Resuelto lo anterior, la CIJ ha de centrarse en el aspecto nuclear de la Sentencia objeto de este comentario: la inadmisibilidad (o no) de la demanda guyanesa por la ausencia en el procedimiento del tercero indispensable para ello. La República Bolivariana de Venezuela argumenta su posición alrededor de los siguientes ejes: en primer lugar, las dudas acerca de la legitimidad de Guyana; en segundo término, la consideración del Reino Unido como tercero indispensable en el procedimiento en curso; y, por último, los derechos de Venezuela¹⁷. Por lo que se refiere al eje indicado en primer lugar, la legitimidad de Guyana, ha de considerarse que el objeto de la controversia es la validez del Laudo arbitral en el que el demandante careció de participación alguna, máxime teniendo en cuenta que el artículo VIII del Acuerdo de Ginebra lo proclama como tercer Estado parte en este texto convencional y no sucesor de Reino Unido.

En cuanto al segundo de los ejes, la consideración de Reino Unido como tercero indispensable, Venezuela defiende que la CIJ no puede pronunciarse sobre el fondo de la demanda guyanesa por dos motivos: el primero de ellos, debido a que el vínculo jurisdiccional —aunque indirecto— se encuentra en un tratado trilateral tras la independencia del demandante; el segundo, íntimamente relacionado con lo indicado en el párrafo anterior, por cuanto la Corte se pronunciará acerca de la validez de un laudo arbitral en ausencia de una de las partes en aquel, puesto que las obligaciones y derechos derivados de aquella no se han transferido al ahora demandante. En consecuencia, todo pronunciamiento acerca de esta cuestión ha de realizarse en presencia de los dos Estados parte en aquel proceso. Además, hay que tener en cuenta la historia del Laudo de 1899, del que si se pronunciara la nulidad habría que detenerse en determinar la responsabilidad del Reino Unido en ello, aspecto del que discrepa el demandante en el procedimiento sobre el fondo, puesto que el laudo puede ser válido o no, pero no tiene por qué cuestionarse la responsabilidad del Estado ahora ausente¹⁸. La argumentación guyanesa en este punto es discutible en la medida en que la declaración de nulidad o validez de un acto deriva de la identificación de la presencia o no de vicios existentes en la adopción del Laudo. Por tanto, el asunto en causa sí que podría tener esos efectos sobre el tercero ausente en el proceso.

Los motivos de la discrepancia guyanesa se encuentran en las siguientes razones: 1) la CIJ ha admitido su competencia para pronunciarse acerca de las cuestiones de validez (o no) del Laudo de 1899; 2) el Reino Unido carece de interés legítimo en la actualidad en relación con este litigio; 3) Guyana es sucesor del Reino Unido en todas las cuestiones relativas al territorio de la antigua colonia; 4) Venezuela, desde la adquisición de la independencia por parte de Guyana, ha discutido exclusivamente con Guyana acerca del objeto que se encuentra en el origen de esta controversia; 5) lo que se solicita de la CIJ es que se pronuncie acerca de la frontera existente entre Venezuela y Guyana.

17 La argumentación Venezolana al respecto puede leerse en el escrito de introducción en la instancia de las excepciones preliminares de incompetencia de 7 de junio de 2022, en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20220607-WRI-01-00-EN.pdf>.

18 Audiencias orales del jueves 22 de noviembre de 2022, a las 10 a.m., Párrafo 9.

La CIJ descarta el primer argumento venezolano atendiendo a que el artículo IV del Acuerdo de Ginebra (fundamento de la decisión del Secretario General de Naciones Unidas) exclusivamente menciona a Guyana y a Venezuela, omitiendo la referencia al Reino Unido, por lo que no es un tercero jurídicamente indispensable para resolver la controversia en causa. Así las cosas, el papel protagónico en el procedimiento de solución del litigio en causa lo desempeñan los dos Estados indicados en primer lugar.

Por su parte, la doctrina del oro amonedado se fundamenta en la existencia de un tercero no parte en el proceso a quien podría resultar oponible la decisión a adoptar por la Corte¹⁹, por lo que la solución a la cuestión de la soberanía sobre el territorio controvertido no afecta a los intereses del Reino Unido. Además, y a mayor abundamiento, la CIJ recuerda distintos comportamientos de los que se desprende la idea anterior, como la ausencia de Reino Unido de las reuniones de la Comisión mixta prevista en el Acuerdo de Ginebra de 1966, la información remitida por parte de Venezuela el 14 de febrero de 1962 al Secretario General de Naciones Unidas, acerca de la existencia de una controversia con el Reino Unido sobre la frontera en este territorio. Ciertamente es que la argumentación de la Corte resulta demasiado ingenua en alguna ocasión, por ejemplo, cuando se refiere a las reuniones de 9 y 10 de diciembre de 1965 (párrafo 101) entre Reino Unido, la Guyana Británica y Venezuela para revisar la documentación existente sobre la validez del Laudo arbitral. Evidentemente, un examen tripartito no podría alcanzar más conclusión que la obtenida: inexistencia de motivos de nulidad de aquel, aunque solo fuera porque una decisión en contrario habría supuesto una pérdida territorial más que considerable para la todavía, en aquel momento, colonia británica.

En consecuencia, la Corte, si bien admite la excepción preliminar venezolana, se pronuncia en contra del contenido de la misma, al entender que no cabe, en este momento procesal, prever si a lo largo del procedimiento sobre el fondo tendrá que pronunciarse sobre comportamientos desarrollados por la que fue potencia administradora de Guyana.

III. CONCLUSIONES

Resulta meridianamente claro que, si el título jurídico que alega Guyana sobre el territorio de la Guyana Esequiba es el Laudo arbitral de 1899 y, en la hipótesis en que fuera declarado nulo como consecuencia del comportamiento británico en él, la responsabilidad derivada de la decisión será del Estado a quien resulta atribuible el vicio causante de la nulidad, sin que exista la posibilidad de suceder en la responsabilidad internacional derivada de aquel eventual comportamiento.

A la vista de la argumentación desarrollada por la CIJ a lo largo de la sentencia objeto de este comentario, resulta previsible un pronunciamiento favorable a los intereses de Guyana, aunque solo sea por la forma en la que descarta la presencia de la nulidad del Laudo, al modo de ver de quien escribe este breve comentario, susceptible de ser calificada como precipitada y

19 RUIZ COLOMÉ, M.A., “El tercero Indispensable en el asunto de Timor Oriental: Una noción a la medida de la Corte Internacional de Justicia para la determinación de su propia competencia”, 1996 n° 48-1, pp. 99 y ss. Especialmente p. 112 y ss.

sin la profundidad necesaria. Por lo demás, a la vista de los desarrollos del caso en presencia, la diferencia seguirá siendo la más dilatada en el tiempo en el continente americano, puesto que, en el momento en el que se escribe este comentario, Guyana ha depositado una solicitud de medidas cautelares debido a la convocatoria de un referéndum consultivo a celebrar el día 3 de diciembre de 2023 en Venezuela. El 24 de octubre se hicieron públicas las preguntas a las que responderían los participantes en la consulta, todas ellas relacionadas con el conflicto en presencia, alguna de las cuales (la tercera) pretende evitar la solución judicial en presencia.

Como la esperanza es lo último que se pierde, confiemos en que la CIJ se pronuncie sobre el fondo del asunto y que, al hacerlo, profundice en la argumentación jurídica que sostenga su decisión. En cada una de sus decisiones se pone a prueba la credibilidad del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, máxime en estos momentos en los que nos encontramos con un tribunal con un procedimiento lento y cuya jurisprudencia ha sido calificada como conservadora en más de una ocasión. La CIJ ha de demostrar en todas las ocasiones que es un tribunal útil y apropiado para resolver las controversias del siglo XXI, la cuestión es si la propia Corte es conocedora del reto al que cada día se enfrenta.

CIERTOS ACTIVOS IRANÍES (REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN C. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 30 DE MARZO DE 2023

NURIA PASTOR PALOMAR*

I. HECHOS

El 30 de marzo de 2023, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) dictó sentencia sobre el fondo del asunto *Ciertos activos iraníes (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*¹. Se puso así fin al procedimiento iniciado por la República Islámica de Irán contra los Estados Unidos de América el 14 de junio de 2016 en relación con el incumplimiento por Estados Unidos de obligaciones derivadas del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares, firmado por ambos Estados el 15 de agosto de 1955 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 16 de junio de 1957².

Como antecedentes, la CIJ recuerda que Irán y los Estados Unidos rompieron sus relaciones diplomáticas en 1980, a raíz de la revolución iraní de 1979 y la ocupación ese mismo año de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán. En 1983, Estados Unidos alegó la responsabilidad de Irán en el ataque terrorista que tuvo lugar en Beirut, causando la muerte de 241 militares estadounidenses y un año después designó a Irán como “Estado patrocinador del terrorismo”. En 1996, Estados Unidos modificó su *Foreign Sovereign Immunities Act* (en adelante, FSIA) a fin de eliminar, en ciertos supuestos, la inmunidad de jurisdicción ante sus tribunales de los Estados designados patrocinadores del terrorismo. La excepción por terrorismo permitió la interposición de demandas contra Irán ante los tribunales estadounidenses por daños y perjuicios, aunque Irán no compareció en esos juicios al alegar que la legislación estadounidense infringía el derecho internacional sobre las inmunidades de los Estados. En 2002, Estados Unidos aprobó la *Terrorism Insurance Act* (en adelante, TRIA), que estableció medidas de ejecución de sentencias dictadas a raíz de la modificación en 1996 de la FSIA. En 2008, la FSIA sería modificada de nuevo ampliando los activos disponibles para satisfacer los créditos de los acreedores judiciales, que comprendían las propiedades de los Estados patrocinadores de actos terroristas, independientemente de que hubiesen sido o no bloqueados previamente por el Gobierno norteamericano y del grado de control ejercido por el Estado sobre esas entidades. En 2012, el Presidente de Estados Unidos aprobó el Decreto 13599 por el que bloqueó los activos del Gobierno iraní, incluidos los del Banco Central (Banco Markazi) así como otras instituciones financieras. También, en ese año, Estados Unidos aprobó la Ley de

* Profesora asociada de Derecho internacional público de la UNED (npastor@der.uned.es).

1 *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Reports 2023. Los documentos relativos al caso comentado están disponibles en el siguiente enlace: <https://www.icj-cij.org/case/164>. Las páginas web citadas han sido consultadas por última vez el 15/10/2023.

2 Su texto puede consultarse en <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20284/v284.pdf>.

Reducción de las Amenazas a Irán y de Derechos Humanos en Siria, quedando estos bienes sujetos a procedimientos de ejecución. El Banco central impugnaría la validez de esta decisión ante los tribunales estadounidenses pero el Tribunal Supremo afirmaría su constitucionalidad (paras. 21-30).

El 14 de junio de 2016, Irán interpuso demanda ante la CIJ en la que alegaba que, como resultado de actos judiciales y legislativos adoptados por Estados Unidos, Irán y sus entidades estaban sufriendo daños graves y continuos, con vulneración del Tratado de Amistad adoptado en 1955.

II. JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

El 13 de febrero de 2019, la CIJ pronunció su fallo sobre las excepciones preliminares planteadas por los Estados Unidos³. La CIJ se consideró competente para conocer de una parte de la demanda de la República Islámica de Irán y determinó que la demanda era admisible. Además, la CIJ declaró que no tenía competencia en virtud del Tratado de Amistad para examinar las reclamaciones de la República Islámica de Irán en la medida en que se referían a la presunta violación de las normas del derecho internacional sobre inmunidades soberanas. La CIJ declaró además que la tercera excepción preliminar referente a “cualquier reclamación relativa a presuntas violaciones [...] basadas en el trato dispensado al Estado iraní o al Banco Markazi” no poseía, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar (para. 126 sentencia 2019). Ciertamente, se trataba de determinar si el Banco era o no una “sociedad” de acuerdo con la definición suministrada por el Tratado de Amistad, puesto que en caso afirmativo estaría justificada la reivindicación de los derechos y la protección concedidos a las sociedades por los artículos III, IV y V. Ahora bien, al no disponerse de todos los elementos fácticos necesarios para determinar si esta entidad estaba desarrollando actividades empresariales, la CIJ señaló que se pronunciaría sobre ello después de que las partes presentasen sus argumentos en la siguiente fase del procedimiento. A estos efectos, Irán sostiene que la Ley Monetaria y Bancaria de 1972 confiere al Banco Markazi las funciones típicas de un banco central, pero también le autoriza para realizar otras actividades financieras y bancarias de naturaleza comercial. Sin embargo, Estados Unidos señala que las actividades realizadas por la entidad entran en el ámbito tradicional de las actuaciones soberanas de un banco central y no de transacciones de carácter comercial (paras. 37-39). Sobre esta cuestión, la CIJ recuerda que una entidad sólo puede ser caracterizada como “sociedad” si tiene personalidad jurídica propia de conformidad con la legislación del Estado en que se haya creado, así como que una entidad que es total o parcialmente propiedad del Estado puede constituir una sociedad en el sentido del Tratado de Amistad (para. 41). Y, teniendo en cuenta que el Banco Markazi tiene personalidad jurídica propia de conformidad con la legislación iraní y es propiedad plena del Estado iraní —el cual ejerce una facultad de dirección y un control estricto de sus actividades—, no se excluye que sea una “sociedad”, por lo que queda por determinar es la naturaleza de sus actividades. Al respecto, la CIJ observa que las únicas actividades en las que se basa Irán para calificar al Banco

3 *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment on Preliminary Objections, ICJ Reports 2019.

como una sociedad son la compra, entre 2002 y 2007, de los bonos emitidos en por el mercado financiero de Estados Unidos y para la CIJ estas operaciones no son suficientes para establecer que el Banco se dedicaba, en el momento de los hechos, a actividades de carácter comercial, sino que, precisa, tales operaciones son una forma de ejercer su soberanía (paras. 49-50). La CIJ concluye, por ello, que el Banco Markazi no puede ser caracterizado como una “sociedad” en el sentido del Tratado de Amistad (para. 54).

La CIJ examina también la objeción a la admisibilidad presentada por la parte demandada basada en la falta de agotamiento de los recursos internos. Recuerda que, según el Derecho internacional consuetudinario, cuando un Estado presenta una reclamación internacional en nombre de sus nacionales sobre la base de la protección diplomática debe agotar los recursos internos (para. 61). Ahora bien, este requisito se considera también satisfecho cuando no existen recursos nacionales que proporcionen a las personas perjudicadas una oportunidad razonable de obtener reparación. En este caso, la CIJ señala que cada vez que una entidad iraní solicitaba a los tribunales estadounidenses que anularan una disposición legislativa federal por considerarla contraria con los derechos previstos por el Tratado de Amistad, el tribunal aplicaba habitualmente la ley federal al estar promulgada después del Tratado (paras. 68-69). En base a ello, la CIJ concluye que las entidades iraníes no tenían posibilidades razonables de hacer valer con éxito sus derechos en los procedimientos judiciales de Estados Unidos (para. 72), lo que le lleva a rechazar las alegaciones del país demandado sobre la falta de agotamiento de recursos internos.

III. ALEGACIONES DE ESTADOS UNIDOS SOBRE EL FONDO

La CIJ rechaza tres alegaciones distintas invocadas por Estados Unidos. Respecto a la doctrina de “manos limpias”, que fue rechazada en la sentencia sobre excepciones preliminares de 2019, vuelve a ser planteada por el país demandado señalando el presunto patrocinio y apoyo del terrorismo internacional por parte de Irán y sus presuntas acciones respecto de la no proliferación nuclear y tráfico de armas. La CIJ recuerda la no consideración de la doctrina como norma consuetudinaria y que, aun cuando se aplicara las “manos limpias”, sería necesario un nexo suficiente entre la conducta ilícita imputada a Irán y sus reclamaciones en virtud del Tratado de Amistad, el cual no existe (para. 83), por lo que rechaza esta alegación.

A continuación, la CIJ examina la alegación relativa al abuso de derecho basada en que Irán trata de extender la aplicación del Tratado de Amistad, así como eludir la obligación de reparación a favor de las nacionales estadounidenses víctimas de actos terroristas en los que se ha visto implicado (para. 85). La CIJ, considerando los elementos esenciales de su jurisprudencia, señala que no puede acreditarse abuso de derecho por parte del demandante, por lo que desestima también esta alegación (para. 93).

Asimismo, la CIJ desestima la alegación de la parte demandada referida a que su Orden de 13599 —que bloqueó los activos del Gobierno iraní así como de las instituciones financieras— entraba en los dos supuestos previstos en el artículo XX, párrafo 1, apartados c) —“regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment”,

y d) —“ necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests”—. La CIJ concluye que las medidas contenidas en la Orden sólo tuvieron un impacto indirecto en la producción y el tráfico de armas por parte de Irán, así como que Estados Unidos no ha probado de manera convincente que dicha Orden era necesaria para proteger sus intereses esenciales de seguridad, sino que respondía principalmente a consideraciones financieras más que de seguridad (para. 108). La CIJ considera también que las disposiciones citadas no limitan su competencia, sino que simplemente ofrecen a las partes una vía de defensa respecto del fondo del asunto (para. 94).

IV. PRESUNTAS VIOLACIONES DEL TRATADO DE AMISTAD

Habiendo rechazado las anteriores alegaciones del demandado, la CIJ pasa a examinar las reclamaciones de Irán que se refieren a un conjunto de medidas legislativas, ejecutivas y judiciales adoptadas por Estados Unidos desde 2002 por las que el Estado y empresas iraníes se han visto privados de los derechos de los que disfrutaban en virtud del Tratado de 1955. Irán sostiene la vulneración por parte Estados Unidos de los artículos III (párrafos 1 y 2), el artículo IV (párrafos 1 y 2), artículo V (párrafo 1), artículo VII (párrafo 1) y artículo X (párrafo 1) del Tratado de Amistad.

Respecto al artículo III, párrafo 1, y a efectos de determinar qué es una “sociedad”, la CIJ recuerda lo dicho en su sentencia del 2019 sobre excepciones preliminares: que una entidad sólo puede ser caracterizada por “sociedad” si tiene personalidad jurídica propia de conformidad con la legislación del Estado en que se haya creado, el cual establece su estatus legal (para. 136). Y señala que el artículo III, párrafo 1 establece el reconocimiento, dentro del territorio de ambos Estados, de la personalidad jurídica de las sociedades constituidas conforme a la legislación nacional. Asimismo, el artículo IV, párrafo 1 establece un trato justo y equitativo prohibiendo la adopción de medidas irrazonables o discriminatorias contra los nacionales o empresas del otro Estado parte. Pues bien, el desacuerdo principal gira en torno a si las medidas legislativas, ejecutivas y judiciales adoptadas por Estados Unidos privaron a las empresas iraníes de la personalidad jurídica independiente conferida por su estatuto jurídico y fusionaron sus activos con los del Estado iraní, en violación del artículo III, párrafo 1 del Tratado de Amistad (para. 138). Y la CIJ señala que una medida no es razonable, según el Tratado, cuando no persigue un objetivo público legítimo, no existe una relación adecuada entre el objetivo perseguido y la medida adoptada, o es manifiestamente excesiva en relación con el objetivo. Teniendo en cuenta estas condiciones, la CIJ constata la finalidad pública legítima de las medidas, puesto que se trata de compensar a las víctimas del terrorismo perpetrado por Irán conforme a lo dictaminado por los tribunales norteamericanos. Sin embargo, la CIJ concluye que las medidas legislativas adoptadas son manifiestamente excesivas por el menoscabo causado en los derechos de las empresas iraníes. En relación con la Orden Ejecutiva 13599, la CIJ considera que es manifiestamente excesiva en relación con su objetivo de responder al “apoyo sostenido a actos terroristas” de Irán porque incluye cualquier institución financiera iraní. En tanto medidas irrazonables, la CIJ concluye que se vulneró el artículo IV, párrafo 1

del Tratado, así como el artículo III, párrafo 1, al no cumplir Estados Unidos con su obligación de reconocimiento del estatus jurídico de las empresas iraníes (paras. 156-159).

En cuanto al artículo III, párrafo 2, la CIJ sostiene que no ha habido vulneración por parte de Estados Unidos de dicha disposición, que se refiere a la libertad de acceso a los tribunales y a una justicia pronta e imparcial. Y se señala que la reclamación de Irán relativa a que la legislación aplicada por dichos tribunales ha sido desfavorable para las sociedades iraníes y con pocas probabilidades de éxito, son cuestiones relacionadas con los derechos sustantivos de las empresas, recordando que estos derechos no entran en el campo de aplicación de la disposición (paras. 167-168).

En lo concerniente al artículo IV, párrafo 2, la CIJ concluye que Estados Unidos ha vulnerado tal disposición, relativa a la protección de la propiedad de las personas físicas y jurídicas que los Estados contratantes deben necesariamente procurar. Al respecto, Irán alegó que las propiedades de las empresas iraníes fueron bloqueadas, incautadas o eliminadas y que, tomadas sin compensación alguna, equivalía a una expropiación ilegal en violación del artículo IV, párrafo 2 (para. 170). La CIJ señala que tal violación ha tenido lugar respecto a las medidas legislativas adoptadas por Estados Unidos (FSIA y TRIA). Precisa que una decisión judicial que embarga y ejecuta bienes o derechos sobre bienes no constituye *per se* una expropiación de esos bienes, requiriéndose un elemento de ilegalidad (para. 184). Y considera que las medidas estadounidenses no han sido legales al no ser razonables y, por tanto, equivale a una expropiación sin compensación (paras. 186-187). Sin embargo, respecto a la Orden Ejecutiva 13599, la CIJ considera que no hay expropiación ilegal, sosteniendo que Irán no ha sido capaz de identificar las propiedades ni los intereses de las sociedades iraníes particularmente perjudicadas por la Orden. Señala, también, que el efecto principal de dicha Orden era bloquear los activos del Banco Markazi, el cual no queda bajo su ámbito jurisdiccional (para. 188). Asimismo, la CIJ precisa que la obligación de dar protección y seguridad más constantes establecida en el artículo IV, párrafo 2, es respecto a daños físicos y no legales (cubiertos estos por el párrafo 1 de dicho artículo), tal y como reclama Irán (para. 190).

Con relación al artículo V, párrafo 1, la CIJ sostiene que Estados Unidos no ha privado a las empresas iraníes del derecho a disponer de sus bienes establecido en dicho artículo, tal y como alegó Irán, precisando el órgano judicial que las medidas que equivalen a una expropiación quedan fuera del alcance de dicho artículo (paras. 199 y 201).

Respecto a la no aplicación de restricciones a la realización de pagos, remesas y otras transferencias de fondos (Artículo VII, párrafo 1), la CIJ rechaza la interpretación dada por Irán en el sentido de una prohibición general de cualquier restricción al movimiento de capitales. La CIJ considera la intención de las partes, con esta disposición, de regular las restricciones cambiarias para preservar el comercio bilateral, y dado que Irán no ha alegado la aplicación de estas restricciones por Estados Unidos, se desestiman las reclamaciones de Irán relativas a esta disposición (paras. 207-208).

Asimismo, la CIJ concluye que Estados Unidos ha vulnerado sus obligaciones relativas a proporcionar libertad de comercio a las empresas iraníes, al entender que dentro del término comercio protegido por el Artículo X, párrafo 1, se encuentran las operaciones financieras impedidas por las medidas adoptadas por el demandado (paras. 214-223).

V. CONSIDERACIONES FINALES

A finales de marzo de 2023, la CIJ dictó esta esperada sentencia sobre el fondo del asunto *Ciertos activos iraníes (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*. La CIJ concluyó que Estados Unidos había vulnerado diversas disposiciones del Tratado de Amistad, por lo que Irán le solicitó que declarase que Estados Unidos estaba obligado a poner fin a la situación generada por dichas violaciones del Derecho internacional cesando en la realización de los mismos⁴, reparando plenamente el daño causado (mediante una cantidad a determinar en una fase ulterior del procedimiento), y presentando una disculpa formal a Irán (para. 224). Únicamente la segunda de las peticiones iraníes fue aceptada por la CIJ, y tan solo parcialmente, ya que la indemnización será establecida judicialmente a falta de un acuerdo al respecto entre las partes.

Acogida con satisfacción por ambas partes, el Ministerio de Asuntos Exteriores de Irán señalaría que la sentencia demostraba la “rectitud” de Irán y las violaciones del Tratado cometidas por el gobierno de Estados Unidos. Pero Estados Unidos emitiría también una declaración calificando la sentencia como una “gran victoria para Estados Unidos y las víctimas del terrorismo patrocinado por el Estado de Irán”. Ciertamente, la mayor parte de los activos reclamados por Irán, casi 1750 millones de dólares, estaban asociados al Banco central Markazi, sobre el que la CIJ carece de jurisdicción. Por su parte, la sentencia tiene implicaciones en el Derecho internacional de las inversiones, ya que la CIJ ha clarificado algunos aspectos hasta entonces controvertidos, como los relativos a los estándares de protección y seguridad plenas.

4 Téngase en cuenta que en 2018 Estados Unidos puso fin al Tratado de Amistad, al notificar a Irán su retirada conforme al artículo XXIII, párrafo 3, por lo que no estando en vigor el tratado, no es posible cumplir con el cese de los hechos internacionalmente ilícitos en los términos solicitados (para.225).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 28 DE ABRIL DE 2023 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (MAURICIO/MALDIVAS)

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA
Y DANIELA GONZÁLEZ GRECO*

I. HECHOS

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), por medio de una Sala *ad hoc* constituida con arreglo al artículo 15 de su Estatuto y compuesta por nueve magistrados, dictó el 28 de abril de 2023 sentencia en la controversia relativa a *la delimitación de la frontera marítima entre Mauricio y Maldivas en el Océano Índico*¹. Cabe recordar que estos dos Estados insulares situados en el Océano Índico son partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), considerando Mauricio que su territorio incluye, además de su isla principal y otras, el archipiélago de Chagos (que fue administrado por Reino Unido entre 1814 y 1965 como “una dependencia de la colonia de Mauricio”), situado aproximadamente a 2.200 kilómetros al noreste de la Isla de Mauricio y que el TIDM dictó sentencia sobre excepciones preliminares en enero de 2021. En ella afirmó su jurisdicción para conocer de la controversia sobre la delimitación marítima entre ambos Estados y pospuso a esta fase, relativa al fondo, la decisión sobre su jurisdicción para delimitar la plataforma continental extendida (para.22)².

En este asunto, Mauricio solicitaba al TIDM que, una vez declarada su jurisdicción para conocer de la delimitación de su plataforma continental extendida (más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base), estableciera una frontera marítima única —para la

* Profesor Sustituto (acreditado a Contratado Doctor) y Profesora Colaboradora Honoraria de Derecho Internacional Público de la Universidad de Córdoba.

1 *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Judgment*, ITLOS Reports 2023, en prensa. La sentencia y los documentos relativos a este asunto pueden consultarse en: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/28/Merits_Judgment/C28_Judgment_28.04.2023_orig.pdf, última consulta 24/10/2023. Todas las traducciones son de los autores. Dicha Sala estuvo compuesta por los siguientes magistrados: Paik (presidente), Jesus, Pawlak, Yanai, Bouguetaia, Heidar, Chadha, Oxman (magistrado *ad hoc* nominado por Maldivas) y Schrijver (magistrado *ad hoc* nominado por Mauricio) (para.35).

2 Nos remitimos a este respecto al comentario de dicha sentencia sobre excepciones preliminares que publicamos en la *Crónica de Derecho Internacional Público* de la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 41, 2021, pp. 9-12. Respecto de esta controversia, véase también PIGRAU SOLÉ, A., “La descolonización de Mauricio y el asunto de las Islas Chagos ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, núm. 21, 2021, pp. 233-285.

zona económica exclusiva y la plataforma continental— entre Mauricio y Maldivas siguiendo unas determinadas coordenadas geográficas (para.75). Por su parte, Maldivas pedía al Tribunal que declarase inadmisibile la pretensión de Mauricio de una plataforma continental extendida y decidiese el trazado de una frontera marítima única conforme a otras coordenadas que indicaba (para.75).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

A la luz de los desacuerdos entre las partes —el objeto de la controversia sometida, su jurisdicción y la admisibilidad o no de la pretensión de Mauricio de una plataforma continental extendida (para.81)—, el Tribunal conoció, en primer lugar, de la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental comprendida dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base (para.89), a la que, habida cuenta de que ambos Estados son partes en la CNUDM, es de aplicación la Convención, en particular, sus artículos 13, 47, 74, 76 y 83 (paras.87-88).

Con relación a la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental hasta las 200 millas marinas, la Sala recordó que el método de delimitación “ha sido desarrollado a lo largo del tiempo por las cortes y tribunales internacionales a través de los casos de los que han conocido” y que “está asentado que la metodología para ser aplicada en la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental hasta las 200 millas marinas es el método de la ‘equidistancia/circunstancias relevantes’, salvo que el recurso al mismo no sea factible o apropiado” (para.96). Además, el Tribunal señaló que, “aunque su aplicación no es obligatoria, el método de equidistancia/circunstancias relevantes no solamente conduce a una solución equitativa en la mayoría de los casos, sino que también aporta transparencia y predictibilidad al proceso de delimitación” (para.96), por lo que no consideró que existieran “circunstancias o factores que hicieran la aplicación del método de la equidistancia/circunstancias relevantes inapropiada o inviable en este caso” (para.98). Por tanto, la Sala determinó que “el método apropiado para la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental hasta las 200 millas marinas entre Mauricio y Maldivas es el de la equidistancia/circunstancias relevantes”, para lo que aplicó el proceso de las tres etapas comenzando por la construcción de la línea provisional equidistante basada en la geografía de la costa y en cálculos matemáticos (para.98).

La identificación de las costas relevantes para el trazado de la línea provisional equidistante constituyó un elemento crucial en este caso, por cuanto ambos Estados no estaban de acuerdo en si el Arrecife Blenheim, bajo soberanía de Mauricio, es un lugar adecuado para ser seleccionado “como punto de base en aras de la construcción de la línea provisional equidistante” (para.109). Así, la Sala identificó las costas relevantes de ambos Estados (para.111) y realizó la primera etapa del proceso de delimitación mediante la construcción de la línea provisional equidistante (para.112). A tal efecto, puso de manifiesto que “no existen fórmulas precisas para identificar y calcular las costas relevantes”, dado que lo “importante en la identificación de una costa relevante es considerar si la proyección marítima de una parte se solapa con la de la otra parte” (para.145), y decidió que “no necesariamente el Arrecife Blenheim debe ser considerado como un punto de base para el propósito de la delimitación”, ya que, de manera

relevante, “la selección de los puntos de base es un ejercicio distinto de la identificación de la costa relevante” (para.147). Así, la Sala no consideró que exista “una regla general que exija que una elevación en bajamar deba descartarse en la selección de los puntos de base para la delimitación” (para.152), si bien concluyó que “el Arrecife Blenheim, en tanto que elevación en bajamar, no es un apropiado como punto de base para la construcción de la línea provisional equidistante” (para.155).

En este orden de ideas, Mauricio daba importancia al hecho de que esta controversia versaba sobre la delimitación entre dos Estados archipelágicos y la Sala, señalando que Mauricio y Maldivas se encuentran entre los 22 Estados que se han declarado archipelágicos, procedió a examinar si dicho régimen, previsto en la Parte IV de la Convención, era “de alguna relevancia para la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental entre dos Estados archipelágicos” (para.176). En este sentido, afirmó que “es obvio que el artículo 48 de la Convención no se refiere a la cuestión de la delimitación”, “ni pueden derivarse implicaciones de este artículo a los efectos de que los arrecifes emergentes deban ser puntos de base y deba otorgarse efecto completo para la delimitación” (para.187). En este caso, la Sala no consideró necesario entrar a conocer de la validez de las líneas de base archipelágicas por Mauricio alrededor del archipiélago de Chagos (para.191) y decidió que no podían situarse puntos de base en el Arrecife Blenheim para la construcción de la línea provisional equidistante (para.192).

Por otra parte, en la determinación de si el Arrecife Blenheim es una única elevación en bajamar o comprende varias elevaciones en bajamar y si el artículo 47, parágrafo cuarto de la Convención se aplica a dicho arrecife, el Tribunal señaló que “la cuestión de cómo trazar las líneas de base archipelágicas en Mauricio no es directamente relevante para la construcción de la línea provisional equidistante” (para.213). A la luz de sus consideraciones previas, la Sala consideró que, aunque el Arrecife Blenheim “no puede ser considerado como un punto de base para la construcción de la línea provisional equidistante”, sí constituye una elevación en bajamar, situada total o parcialmente dentro de las 12 millas marinas de la Isla Takamaka, que puede emplearse como una línea de base para medir el límite de las 200 millas marinas desde Mauricio (para.230).

Comoquiera que no todos los puntos de base aportados por las partes son necesariamente relevantes para la construcción de la línea provisional equidistante, la Sala seleccionó los puntos de base que consideró más apropiados (paras.231, 233). De este modo, “la línea provisional equidistante empieza, en el oeste, en el punto de intersección entre las 200 millas marinas de Mauricio y de Maldivas”, límite que debe ser medido desde las respectivas líneas de base archipelágicas publicadas por cada parte, con la excepción de las trazadas alrededor del Arrecife Blenheim (para.325), línea que va en dirección este hasta que alcanza el límite de las 200 millas marinas de Maldivas (para.236).

En relación con la segunda etapa, la consistente en el ajuste de la línea provisional en función de las posibles circunstancias relevantes que concurren, el TIDM puso de relieve las diferencias de las partes sobre el impacto del Arrecife Blenheim en la línea provisional equidistante (para.243). Al respecto, la Sala consideró que ignorar dicho efecto “no conduciría a una solución equitativa en este caso”, por lo que, teniendo en cuenta los términos empleados

de acuerdo con el artículo 46, inciso b, de la Convención, decidió que “el Arrecife Blenheim constituye una circunstancia relevante en este caso que requiere el ajuste de la línea provisional equidistante” (para.245).

Una vez ajustada la línea de delimitación (para.248), el Tribunal llevó a cabo la tercera fase del proceso de delimitación consistente en el test de proporcionalidad cuyo objetivo “no es asegurar un resultado estrictamente proporcionado sino verificar una posible desproporción que pudiera conducir a una delimitación inequitativa” (para.252). Habida cuenta de que la ratio de las longitudes de las costas relevantes es de 1:1.033 a favor de Mauricio y de que la ratio de las áreas marítimas adjudicadas a las partes es de 1:0.960 a favor de Maldivas, la Sala, en una decisión un tanto cuestionable, determinó que “no existe desproporción significativa entre esta ratio y la ratio de las longitudes de las respectivas costas de las partes” (paras.253, 255, 256).

Por último, a propósito de la delimitación de la plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas, la Sala declaró, recurriendo a la jurisprudencia consolidada, que “su jurisdicción necesariamente comprende la plataforma continental en su conjunto, tanto si está dentro o más allá de las 200 millas marinas” (para.338), ya que “la parte de la plataforma continental dentro de las 200 millas no debería ser tratada como un área marítima separada y diferente de un Estado ribereño, dando lugar a dos controversias distintas” (para.340). Por consiguiente, concluyó que “su jurisdicción para delimitar la plataforma continental entre las partes incluye no solamente la plataforma continental hasta las 200 millas marinas sino también cualquier porción de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, incluyendo la ‘Región Norte del Archipiélago de Chagos’” (para.343). Sobre este particular, Maldivas objetaba que la pretensión de Mauricio de una plataforma continental extendida es inadmisibles por no haber presentado información completa a la Comisión de límites de la plataforma continental (CLPC), extremo que fue rechazado por el TIDM a la luz de la abundante jurisprudencia internacional en la materia (paras.376, 383).

A juicio de la Sala, la cuestión que debía resolver radicaba en “si las partes tienen derecho a una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas en el área concernida y, en tal caso, si esos derechos se solapan”, ya que, “si ese no es el caso, la Sala no puede proceder a la delimitación” (para.428). En este sentido, la Sala consideró que existe una “incertidumbre significativa” sobre la prolongación natural de Mauricio (para.448) y expuso que se debe ejercer una especial precaución en este caso, dado que “puede existir un riesgo de perjuicio para los intereses de la comunidad internacional en la Zona y para el principio de patrimonio de la humanidad” (para.453). A mayor abundamiento, la Comisión no es capaz en este caso de hacer recomendaciones a las partes en virtud del artículo 76, apartado 8, de la CNUDM, por lo que “ninguna parte va a recibir recomendaciones de la Comisión y a establecer límites exteriores, definitivos y obligatorios, de sus plataformas continentales” (para.455). Por todo ello, el TIDM animó a cada parte a que diera su consentimiento para que la Comisión pudiera considerar las solicitudes de la otra y no procedió a “delimitar la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas entre Mauricio y Maldivas en el Océano Índico” (paras.456, 458).

En fin, la Sala del Tribunal, por unanimidad, decidió el trazado de una frontera marítima única para la zona económica exclusiva y la plataforma continental hasta las 200 millas marinas entre Mauricio y Maldivas y afirmó su jurisdicción para delimitar la plataforma continental

extendida, aunque puso de manifiesto que “no está en posición para determinar el derecho de Mauricio a una plataforma continental extendida en la Región Norte del Archipiélago de Chagos”, decidiendo, consecuentemente, no proceder a delimitar la plataforma continental extendida entre Mauricio y Maldivas (para.466)³.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Este trabajo ha tratado de poner de manifiesto este nuevo seguimiento por parte de uno de los tribunales internacionales implicados, el TIDM por medio de una Sala *ad hoc*, del método de delimitación marítima basado en la equidistancia/circunstancias relevantes y consistente en tres etapas bien asentadas: trazado de la línea provisional equidistante, posible corrección de ésta en función de las circunstancias relevantes y comprobación de que dicha línea no dé lugar a un resultado desproporcionado mediante el test de proporcionalidad.

Respecto del caso comentado cabe igualmente destacar la importancia del Arrecife Blenheim (situado al norte del Archipiélago de Chagos), que no ha sido empleado por el Tribunal como un punto de base, pero sí ha sido tomado en consideración en tanto que circunstancia relevante en la segunda fase del proceso de delimitación. Por otro lado, puede señalarse la omisión por el Tribunal de la importancia a efectos de delimitación marítima del hecho de que ambos sean Estados archipelágicos.

En fin, el aspecto más resaltante de esta sentencia es la situación de las islas (y de las aguas que desde ellas se proyectan) integrantes del archipiélago de Chagos —pendiente de descolonización por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte— al suroeste de la frontera marítima trazada por el TIDM, es decir, dentro de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental adjudicadas a Mauricio. De este modo, esta sentencia debe ser aplaudida en la medida en que acoge plenamente la sentencia sobre excepciones preliminares dictada en enero de 2021.

3 La sentencia contó con tres declaraciones realizadas por los magistrados Paik (presidente de la Sala), Heidar y *ad hoc* Schrijver.

LAS OPINIONES DISIDENTES DE LOS ÁRBITROS: ¿UNA OPORTUNIDAD PARA ESPAÑA? (LA SOLICITUD DE ANULACIÓN EN *OPERAFUND* Y *WATKINS C. ESPAÑA*)*

FRANCISCO PASCUAL-VIVES**
y LAURA ARAGONÉS MOLINA***

I. HECHOS

Durante el año 2023 se han resuelto varios recursos de anulación planteados por el Reino de España (España) en arbitrajes sustanciados en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)¹, sustanciados, una vez más, en el marco de controversias sobre las medidas normativas adoptadas por España entre los años 2012-2014 en el sector de las energías renovables². En primer lugar, en *OperaFund* y *Schwab c. España* (en adelante, *OperaFund*), un órgano arbitral dictó un laudo que declaraba, por mayoría³, la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo y garantizar condiciones estables a la inversión, contenida en el art. 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)⁴ y le impuso una indemnización de 29,3 millones de dólares estadounidenses, más intereses. Y, en segundo lugar, en *Watkins Holdings y otros c. España* (en adelante, *Watkins*), el órgano arbitral declaró, también por mayoría⁵, la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de la misma obligación, imponiéndole una indemnización de más de 77 millones de euros, más intereses.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “El respeto de los derechos humanos y la actividad exterior de las empresas españolas: retos y respuestas desde el Derecho internacional” (Ref. PID2019-107311RB-I00).

** Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales y Director del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá (f.pascualvives@uah.es).

*** Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional público y Relaciones internacionales e investigadora del IELAT de la Universidad de Alcalá (laura.aragones@uah.es).

1 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/44, Decisión sobre anulación de 21-2-2023); y *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (caso CIADI n° ARB/15/36, Decisión sobre anulación de 2-3-2023).

2 Ver nuestras anteriores crónicas en “Crónica de Derecho internacional público”: *REEI*, n° 35 (2018), pp. 19-28; n° 36 (2018), pp. 25-29; n° 37 (2019), pp. 20-24; n° 39 (2020), pp. 32-36; n° 40 (2020), pp. 20-23; n° 41 (2021), pp. 25-28; n° 44 (2022), pp. 34-39.

3 *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (caso CIADI n° ARB/15/36, Laudo de 6-9-2019). El laudo estuvo acompañado por una opinión disidente del árbitro Philippe Sands.

4 *BOE* de 17-5-1995.

5 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/44, Laudo de 21-1-2020). El laudo estuvo acompañado por una opinión disidente de la árbitra Hélène Ruiz Fabri.

España solicitó la anulación de ambos laudos alegando tres de las cinco causales de anulación previstas en el art. 52.1 del Convenio CIADI, a saber: extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal; quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo. En ambos casos, los comités *ad hoc* rechazaron la solicitud de España.

En este comentario nos centramos en el estudio de la causal basada en la falta de falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo (art. 52.1.e) del Convenio CIADI), pues resulta especialmente relevante por dos razones. Primera, porque los árbitros disidentes discreparon de la decisión de la mayoría sobre el incumplimiento de España de su obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión (al considerar que esta conclusión no estaba suficientemente motivada); y, segunda, por la inextricable relación entre los aspectos sustantivos y procesales en esta causal de anulación, que puede llevar a un comité a traspasar los límites de su función.

II. LA DECISIÓN NO UNÁNIME DE LOS ÓRGANOS ARBITRALES EN *OPERAFUND Y WATKINS*

Tanto en *OperaFund* como en *Watkins*, los órganos arbitrales adoptaron su decisión sobre la responsabilidad internacional de España por mayoría, no por unanimidad. Los árbitros disidentes expresaron los motivos de sus discrepancias en sendas opiniones.

En *OperaFund*, el árbitro Ph. Sands señaló que, aunque estaba conforme con la decisión de la mayoría sobre la jurisdicción del CIADI, excepto en lo referente a la medida fiscal impuesta por España (Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica), disintió respecto a la declaración de responsabilidad del Estado y a la cuantificación de los daños por incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión (art. 10.1 del TCE), pues se basaba en ciertas conclusiones de hecho que, según el árbitro disidente, no tenían sustento alguno en las pruebas que obraban en el expediente y habían sido alcanzadas sin razonamiento ni explicación⁶. En particular, se refirió a la interpretación de las legítimas expectativas del inversor extranjero y a los principios aplicados por el órgano arbitral para determinar si se violó o no este estándar, así como a la diligencia debida que debían haber empleado las demandantes. En su opinión, la conclusión de la mayoría no se sustentaba en pruebas fehacientes, por lo que la decisión carecía de motivación⁷.

En *Watkins*, la árbitra H. Ruiz Fabri declaró su conformidad con la conclusión de la mayoría en cuanto a la jurisdicción del CIADI en los mismos términos que el árbitro Ph. Sands en *OperaFund*. Su discrepancia radicaba también en la declaración de responsabilidad del Estado y en la cuantificación de los daños por incumplimiento de la obligación contenida en el art. 10.1 del TCE, ya que consideró que la mayoría no había fundamentado suficientemente su conclusión sobre este punto: “*the judicial function of an international investment tribunal*

6 *Opinión disidente sobre responsabilidad y daños*, Ph. Sands, párr. 2.

7 *Ibid.*, ver esp. párrs. 37 y 43.

*entails a duty of legal reasoning that goes far beyond the exercise of qualifying certain awards as convincing or discarding the reasons of others as non-satisfactory*⁸. Ruiz Fabri se centró en la interpretación de las legítimas expectativas de los inversores de manera similar a la fundamentación de Sands en el caso anteriormente citado.

De las tres causales invocadas por España, los argumentos relativos a la falta de expresión de motivos en que se funda el laudo encuentran una evidente similitud con los fundamentos expresados en las opiniones disidentes de los árbitros. Esto es, pareciera que España habría encontrado en estas opiniones disidentes un asidero jurídico sobre el que fundamentar su solicitud de anulación. Por esta razón, a continuación, analizaremos esta causal.

III. LA FALTA DE EXPRESIÓN DE LOS MOTIVOS EN QUE SE FUNDA EL LAUDO

En ambos casos España alegó que el órgano arbitral no había justificado suficientemente su conclusión sobre la inaplicabilidad del derecho de la Unión Europea (UE) al fondo del asunto, argumento sobre el que no hubo discrepancia entre los miembros del órgano arbitral al rechazarlo en el laudo. En cambio, la supuesta falta de motivación sobre el incumplimiento de la obligación sustantiva de brindar un trato justo y equitativo a la inversión generó discrepancias entre los árbitros.

La causal de anulación basada en la falta de expresión de motivos presenta la dificultad de discernir los límites de la función de un comité *ad hoc* para no convertir a la anulación en una apelación, expresamente excluida de la jurisdicción del CIADI (art. 53.1 Convenio CIADI)⁹. Para ello, es fundamental que los comités establezcan claramente el alcance del estándar aplicable.

Tanto en *OperaFund* como en *Watkins*, los comités coincidieron sustancialmente en la función limitada que tenían al abordar esta causal. En *OperaFund*, el comité afirmó que la expresión de los motivos en que se funda el laudo no era un requisito que impusiera un listón alto, sino un requisito mínimo que podía cumplirse en ausencia de contradicciones o motivos frívolos¹⁰. Además, cualquier alegación sobre un “razonamiento inadecuado” del laudo no era aplicable, habida cuenta de que el procedimiento de anulación no era un recurso de apelación que permitiera corregir un error de hecho o de derecho¹¹. El estándar aplicable también consistía en que las partes fueran capaces de comprender el razonamiento de la conclusión alcanzada por el órgano arbitral¹², como también el comité debía comprender el razonamiento aplicado¹³. Por

8 *Dissent on liability and quantum*, H. Ruiz Fabri, párr. 4.

9 Como señaló el comité en relación con ciertos argumentos presentados por España “*the issue in this proceeding is not one of right or wrong on the merits; it concerns the reasons stated in the Award*”: ver *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (Decisión de 21-2-2023, párr. 443).

10 *Ibid.*, párr. 397.

11 *Ibid.*, párr. 398.

12 *Ibid.*, párrs. 399-400.

13 *Ibid.*, párr. 400.

último, la ausencia de un pronunciamiento sobre una cuestión suscitada por las partes solo era causa relevante para la anulación, cuando esta ausencia impidiera comprender el laudo¹⁴.

El comité en *Watkins* añadió que la fundamentación del laudo no tenía por qué ser una larga narración de todos los aspectos técnicos de las consideraciones que dieron lugar a la decisión, siempre que se pudieran identificar los puntos clave y se conectaran con la conclusión, como tampoco era necesario que abordara todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino más bien respondiera a las posiciones y teorías subyacentes de las partes¹⁵. Finalmente, tampoco cabía esperar que la falta de motivos sobre aspectos que no afectaran a la decisión fuera motivo para la anulación del laudo¹⁶.

En ambos casos España deslizó argumentos que, en definitiva, correspondían con los argumentos de los árbitros disidentes. En *Watkins*, por ejemplo, alegó que el órgano arbitral no tuvo en cuenta la fecha en que se realizó la inversión, a pesar de su relevancia para valorar la intensidad de las expectativas que pudiera albergar el inversor¹⁷, ni las particularidades de la energía eólica sobre la que versaba la inversión a diferencia de otros precedentes en los que España era parte y que el órgano arbitral había tomado como referencia en su laudo¹⁸, o la valoración de la proporcionalidad de las medidas normativas adoptadas por España¹⁹. De hecho, en ambos casos el propio comité rebatió expresamente algunos argumentos de España y de los árbitros disidentes²⁰.

Finalmente, tras reconocer que el laudo fue adoptado por mayoría y aplicando el estándar fijado, ambos comités concluyeron que el órgano arbitral había fundamentado suficientemente su decisión y, por tanto, no había lugar a la anulación. No obstante, conviene advertir que, mientras en *Watkins* el comité decidió que cada parte sufragara sus propias costas y a partes iguales los gastos del procedimiento de anulación, considerando que la solicitud de España estaba bien fundamentada²¹, en *OperaFund* impuso la totalidad de los gastos derivados del procedimiento a España, además de una cantidad de las costas de las demandantes basándose en lo acordado por ellas²².

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La fundamentación de las decisiones judiciales o arbitrales es un requisito imprescindible para obtener una tutela judicial efectiva, no solo porque permite controlar que el órgano decisor no

14 Ibid., párr. 401.

15 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (Decisión de 2-3-2023, párr. 133).

16 Ibid., párr. 134.

17 Ibid., párrs. 145 y 174. Cfr. *Dissent on liability and quantum*, Ruiz Fabri, párrs. 12-15.

18 Ibid., párrs. 145 y 184. Cfr. *Dissent on liability and quantum*, Ruiz Fabri, párr. 4.

19 Ibid., párrs. 145 y 191. Cfr. *Dissent on liability and quantum*, Ruiz Fabri, párrs. 14-15.

20 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (Decisión de 2-3-2023, párrs. 156 y 187); *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (caso CIADI nº ARB/15/36, Decisión de 21-2-2023, párrs. 409 y 448).

21 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (Decisión de 2-3-2023, párr. 318).

22 *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (Decisión de 21-2-2023, párr. 615).

ha actuado arbitrariamente, sino porque dar a conocer los motivos de su decisión permitirá a las partes interesadas decidir si procede plantear un recurso con ella.

En los casos comentados, España ha encontrado en las opiniones disidentes de los árbitros una ventana de oportunidad para solicitar la anulación de estos laudos que declaraban su responsabilidad, como ha sido la práctica frecuente en la “saga de las renovables”. Conviene señalar que en ambos casos los árbitros disidentes habían sido nombrados por España para constituir el órgano arbitral, conforme a la autonomía de la voluntad de las partes que caracteriza al arbitraje CIADI y que avala su normativa (art. 37 del Convenio CIADI).

Esto nos lleva a plantear una reflexión más general (que por razones de espacio no se puede desarrollar en este lugar) sobre dos cuestiones. Primera, sobre la finalidad de las opiniones disidentes y su repercusión en la percepción pública de la legitimidad del laudo. Y, segunda, sobre las cualidades de independencia e imparcialidad que se exigen de los árbitros en el desempeño de su función (art. 14.1 del Convenio CIADI), a menudo objeto de crítica en el arbitraje de inversiones.

Ambas cuestiones afectan a la confianza de inversores y Estados en este mecanismo de arreglo de controversias. Como señaló el árbitro Sands en su opinión disidente, “el sistema de arbitraje inversor-Estado es una criatura frágil que atrae una mirada cada vez más crítica”²³. Por ello, aunque emitir una opinión disidente es una prerrogativa de los árbitros inherente a su función, convendría evitarlas mediante un mayor esfuerzo en alcanzar consensos en el seno del órgano arbitral, impidiendo la fragmentación en la interpretación de las normas. Asimismo, el mecanismo de anulación puede contribuir a reforzar la confianza y legitimidad del arbitraje de inversiones; primero, porque la composición del comité no depende de la voluntad de las partes en el proceso (art. 52.3 Convenio CIADI), lo que refuerza la percepción de imparcialidad e independencia de los árbitros; y, segundo, porque su pronunciamiento puede ayudar a unificar criterios y reforzar la garantía de la corrección de la decisión de la mayoría, aunque siempre dentro de los límites de su función.

23 *Opinión disidente sobre responsabilidad y daños*, Ph. Sands, párr. 3.

LA OBLIGACIÓN DE ELEGIR A LOS MIEMBROS DEL CGPJ: SENTENCIA DEL TEDH DE 22 DE JUNIO DE 2023, ASUNTO LORENZO BRAGADO Y OTROS C. ESPAÑA

MARÍA GARCÍA CASAS*

I. HECHOS

El 22 de junio de 2023, la Sección 5ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló sobre el fondo del asunto Lorenzo Bragado y otros c. España, que aunaba seis demandas interpuestas contra el Reino de España el 22 de octubre de 2021¹, derivadas de la inadmisión de un recurso de amparo por el Tribunal Constitucional. Los recurrentes ante el TEDH y en amparo ante el TC, son seis jueces españoles que, en el año 2018, presentaron sus candidaturas para integrar el Consejo General del Poder Judicial, cuya renovación aún no se ha producido, y se encontraban en la lista final de candidatos para ser elegidos por las Cortes Generales.

El recurso de amparo se presentó en octubre de 2020, por la vulneración del derecho de acceso a la función pública, previsto por el artículo 23.2 de la Constitución, provocada por la inacción de las Cortes en el proceso de renovación del Consejo durante más de dos años. De acuerdo con los recurrentes en amparo, la falta de convocatoria de sesiones plenarias con el objetivo de acordar la renovación del CGPJ implicó para ellos la necesidad de mantener su estatus profesional con vistas a seguir cumpliendo con las condiciones necesarias para su eventual nombramiento. Asimismo, los demandantes justificaron la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo en el informe que la Comisión Europea emitió sobre el Estado de Derecho en España y en la falta de correspondencia entre la composición del CGPJ y la del Congreso y el Senado. El Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de amparo en abril de 2021 por extemporáneo, al considerar que el plazo de seis meses en el que debe presentarse comenzó en la fecha del fin del mandato del CGPJ, diciembre de 2018, e incluso si se considerara que la renovación del órgano debía seguir a la constitución de una nueva legislatura, también sería extemporáneo, pues la legislatura comenzó en diciembre de 2019.

Los jueces demandantes alegan que la inadmisibilidad de su recurso de amparo por extemporaneidad —al haber transcurrido los tres meses que impone el artículo 42 de la LOTC, de acuerdo con la interpretación del TC— vulnera su derecho a un proceso equitativo. La decisión del TC no era admisible por no apoyarse en ninguna jurisprudencia previa y, de hecho, contradecía una sentencia previa del año 2014 acerca de la no aplicación del plazo de presentación del recurso en contextos de inactividad.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional público de la Universidad Autónoma de Madrid, maria.garciac@uam.es

1 Se trata de las demandas presentadas por los jueces Juan Luis Lorenzo Bragado, Manuel María Jaén Vallejo, Mónica García de Yzaguirre, Rafael Estévez Benito, María Tardón Olmos y José Antonio Baena Sierra.

El Gobierno consideró que la demanda ante el TEDH no puede ser admitida porque los demandantes en amparo estaban alegando la vulneración de derechos puramente políticos, no civiles. Para los demandantes, el recurso de amparo se refería claramente a un derecho de naturaleza civil —no político— en tanto que traía su causa de un proceso de selección en el que debía considerarse el cumplimiento de unos requisitos fijados por ley; el único elemento político que tenía era el contexto de falta de renovación del Consejo General del Poder Judicial a causa de la actitud de algunos grupos parlamentarios. En este sentido, la renovación del CGPJ es una función no legislativa del Parlamento y un control judicial sobre esta, en nada afecta a sus funciones legislativas.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

El TEDH señala que la cuestión principal que plantea esta demanda es la aplicación del artículo 6 del CEDH, en su rama civil, a una disputa que surge por no llevarse a cabo el procedimiento parlamentario necesario para la renovación del órgano de gobierno de los jueces; es decir, se debe determinar si la demanda está fundamentada en un derecho reconocido por el ordenamiento doméstico, con independencia de si está también protegido por el CEDH. Para que el TEDH pueda determinar la vulneración del artículo 6 del CEDH, es necesario partir de un derecho —ya sea sustantivo o procesal— en el ordenamiento doméstico, pues no puede el TEDH crear derechos a través de la interpretación del artículo 6. Sin embargo, para considerar aplicable el artículo 6, es suficiente con mostrar una base legal en el ordenamiento nacional que podría defenderse ante un tribunal, con independencia de si hubiera tenido éxito esa reclamación de haber sido atendida por un tribunal.

Para resolver si los demandantes son titulares de un derecho en el ordenamiento nacional que no fue atendido por el TC, el TEDH se apoya en la configuración del proceso para nombrar a los miembros del CGPJ que prevé, necesariamente, la votación de entre una lista de jueces candidatos en una sesión plenaria y en un marco temporal específico. Es requisito para su elección que los jueces candidatos se encuentren en activo durante el proceso de selección. Entiende el TEDH que los demandantes se encontraron en un estado de incertidumbre con respecto a una oportunidad profesional para su carrera durante un tiempo prolongado. Por todo ello, el tribunal considera que los argumentos de los demandantes ante el TC eran suficientemente defendibles y que se puede argumentar de forma razonable que en el ordenamiento español existe un derecho a que la lista final de las candidaturas al CGPJ sea examinada por las Cortes en el plazo debido.

Sobre el carácter civil o político de ese derecho, el TEDH indica que esa sí es un concepto propio de la Convención y, como tal, debe analizarlo. El Gobierno español alegaba que el derecho cuya protección los demandantes pedían al TC y la omisión imputada a las Cortes tienen una naturaleza estrictamente política. En este punto el TEDH recuerda que el catálogo de derechos protegidos por el CEDH y el Protocolo nº1 contiene derechos civiles y políticos y que las controversias originadas por derechos políticos no entran dentro del ámbito del artículo 6 del CEDH, definido en el Convenio como el derecho a que un Tribunal decida sobre “derechos y obligaciones de carácter civil”. Sin embargo, en este asunto, el TEDH indica que los recurrentes en amparo no buscaban la protección de derechos políticos, ni en el sentido del CEDH y el Protocolo ni en el ordenamiento español, en tanto que la pretendida pertenencia al CGPJ

no implica el ejercicio de derechos políticos ni afectaba a obligaciones de carácter político; por el contrario, el nombramiento como miembros del CGPJ les excluiría de la asunción de responsabilidades políticas. Tampoco el proceso de elegir a los integrantes del CGPJ debería ser político, ni politizado, en tanto que la función del parlamento en este proceso no afecta a su función legislativa.

Una vez aclarada la existencia de un derecho en el ordenamiento nacional, debe atenderse a una cuestión conexas, señalada por el Gobierno español: si a ese derecho le acompaña un derecho procesal que pudiera reclamarse ante los tribunales. El Gobierno objeta precisamente esa circunstancia, alegando que la condición de funcionarios públicos de los demandantes les excluye de beneficiarse de la protección prevista por el artículo 6 CEDH, en consecuencia, la pretensión de los demandantes no supera el test *Eskelinen*². Al respecto, el TEDH recuerda que el test *Eskelinen* consta de dos condiciones que deben darse: que el ordenamiento nacional haya excluido del derecho de acceso a la justicia las controversias relativas al puesto o categoría profesional en cuestión y que esa exclusión se justifique de forma objetiva por el interés del Estado. Al aplicar el test a las circunstancias del caso, el TEDH estima que la primera condición no se cumple. Según el Gobierno, el artículo 42 de la LOTC, al permitir sólo el recurso de amparo frente a decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cortes, está excluyendo estos del ámbito competencial de los jueces. Sin embargo, el TEDH señala que el Gobierno no discute que ese artículo esté proporcionando un recurso frente a la violación de derechos constitucionales, por tanto, incluso aunque el ámbito de la revisión sea reducido, no hay una exclusión clara del acceso a la justicia por lo que se refiere a estas controversias. Además, el TEDH entiende que el recurso de amparo configurado en nuestro ordenamiento abarca también las omisiones imputables al Parlamento o a sus órganos y que, en este caso, no afectaba a la función legislativa de éste. Por estas razones, el TEDH entiende que el Gobierno no ha presentado pruebas suficientes para considerar que el ordenamiento excluya la pretensión de los recurrentes en amparo del acceso a la justicia y, como tal, no supera la primera condición del test.

Una vez afirmada la existencia de un derecho en el ordenamiento nacional que pueda hacer aplicable el artículo 6 del CEDH, el TEDH procede a analizar la posible vulneración de este artículo por parte del Tribunal Constitucional, al inadmitir el recurso de amparo por extemporáneo. La sentencia parte de que las condiciones de admisibilidad de recursos de casación o amparo pueden ser más estrictas que las de los recursos ordinarios, pero no cabe admitir una discrecionalidad ilimitada al respecto. Además, teniendo en cuenta que el recurso de amparo era la única vía por la que los particulares podían reclamar su derecho y la aparente rareza de las cuestiones que fundamentaban su recurso de amparo, era razonable esperar que un rechazo del recurso exclusivamente por extemporáneo contara con una explicación adecuada. Sin embargo, el TC señala como el *dies a quo* el día en que comenzó la decimocuarta legislatura (el 4 de diciembre de 2019) sin explicar por qué, cuando no era una interpretación previsible del artículo 42 LOTC.

2 Con esta denominación se hace referencia a la doctrina del TEDH acerca del ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH con respecto a los funcionarios del Estado. En la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto Vilho Eskelinen y otros c. Finlandia, el TEDH introdujo dos criterios que deben cumplirse para sustraer los conflictos con los empleados públicos de las garantías del artículo 6 del CEDH.

Es precisamente la interpretación imprevisible y el impacto adverso que esta produjo en el acceso a la justicia de los demandantes, para reclamar la protección de los derechos civiles, lo que constituye para el TEDH una vulneración del derecho protegido por el artículo 6 del CEDH.

III. CONCLUSIONES

Este pronunciamiento se refiere a una cuestión, el procedimiento de nombramiento de los miembros del CGPJ, que ha sido objeto de múltiples comentarios y críticas, no sólo en el espacio público español sino también por parte de la Comisión Europea, la Comisión de Venecia y el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa. Como marcaba el contenido de la demanda, el TEDH no se pronuncia acerca de este controvertido procedimiento, pero sí contiene dos aseveraciones que deberían ser tenidas en cuenta, más allá de las posibles vías de ejecución del fallo.

La primera es la afirmación de que las Cortes deben realizar su elección a partir de la lista final de candidatos en el plazo previsto por la ley. La obligatoriedad del cumplimiento de esa función, dispuesta por la Ley Orgánica del Poder Judicial, genera, en consecuencia, un derecho subjetivo de los candidatos incluidos en la lista final a que el Parlamento lleve a cabo la selección. Ahonda el TEDH en que el cumplimiento de este mandato no forma parte de las actividades legislativas de las cámaras y, en tanto que función no legislativa, es una actividad susceptible de revisión por los tribunales. Teniendo en cuenta que el incumplimiento alcanza ya los cinco años, este pronunciamiento debería al menos incomodar a los parlamentarios. Por otro lado, la afirmación del TEDH de que la elección de los miembros del CGPJ es una función de carácter no político asignada a las Cortes Generales nos hace preguntarnos —junto con tantos otros— si es necesario reservar al Parlamento el ejercicio de una función a la que se le niega el carácter político, cuando éste sin duda atenderá a la configuración política de las cámaras.

Por último, aunque el trasfondo del pronunciamiento requería el análisis de la existencia de un derecho de carácter civil en el ordenamiento interno, no debemos perder de vista que la vulneración del derecho fundamental se produce, a juicio del TEDH, por la falta de argumentación del TC al inadmitir el recurso de amparo. La mayoría de los jueces del TEDH consideran que un asunto de semejante calado, en el que la vía de amparo constitucional es la única vía de protección del derecho en cuestión, merecía al menos una mayor explicación al ser inadmitido por cuestiones procesales. Esta sentencia contiene, sin duda, una llamada de atención a los magistrados del TC. En palabras de la Presidenta del TEDH en su visita oficial al TC el pasado mes de octubre, indicó que esta sentencia “subraya que cuando se producen bloqueos a nivel político en relación con el nombramiento de jueces, los tribunales nacionales y europeos pueden tener que intervenir en defensa tanto de la independencia judicial como del buen funcionamiento de un Estado democrático de Derecho”³.

3 S. O’Leary, “El TEDH: contribución al espacio jurídico europeo y desafíos actuales”, Discurso en la Visita Oficial al Tribunal Constitucional de España, 5 de octubre de 2023. Disponible en: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/speech-20231005-oleary-const-court-spain-spa>

LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN LA SEDE CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (SENTENCIA, CASO *BRÍTEZ ARCE ET AL. C. ARGENTINA*, DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2022).

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

El 18 de enero de 2023 se notificaba la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) en el caso *Brítez Arce et. al. c. Argentina*, adoptada el 16 de noviembre de 2022¹, la cual, entre otras cuestiones, constituye su primer pronunciamiento sobre la violencia obstétrica en casos contenciosos², en un ámbito regional pionero en su recepción en los desarrollos normativos nacionales.

La Sra. Brítez Arce, de 38 años, madre de E. M. A. y de V. V. A., de 15 y 12 años de edad, y embarazada de 40 semanas, falleció el 1 de junio de 1992 por un “paro cardio respiratorio no traumático” acontecido tras la hospitalización e inducción al parto de un feto, muerto de acuerdo con la ecografía practicada ese día, sin haber recibido información sobre el procedimiento a seguir tras esa constatación y habiendo tenido que esperar dos horas de las tres que duró el trabajo de parto sentada en una silla, con la correlativa situación de angustia y estrés. Durante el embarazo, había puesto de manifiesto un antecedente de preeclampsia en dos centros diferentes (uno de ellos el hospital en el que se produjeron los fatales hechos), y su peso había aumentado diez kilos, sin que en ninguna de las consultas, ecografías y monitoreos fetales realizados durante el estado de gravidez se estimare necesario calificar el embarazo de alto riesgo, ni formularle recomendación alguna de carácter dietético (paras. 1, 27-29 y 83). Alrededor de estos hechos se siguieron cinco procesos, cuatro de ellos penales y uno civil por daños y perjuicios, sin que ninguna de las acciones emprendidas y recursos planteados tuviera fallo favorable a los intereses de la familia de la fenecida (paras. 30-51).

* Profesora de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Murcia (evrubio@um.es).

1 Pronunciada sobre fondo, reparaciones y costas, su texto se halla disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_474_esp.pdf, y Comunicado, de 18 de enero de 2023, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_02_2023.pdf. En este caso, la Corte estuvo integrada por cuatro jueces y dos juezas, puesto que la jueza Verónica Gómez, de nacionalidad argentina, no participó en su tramitación (artículo 19 del Reglamento de la Corte disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>). La última consulta de la totalidad de enlaces incorporados a este trabajo se produjo el 30 de octubre de 2023.

2 Previamente, la Corte se había pronunciado sobre esta violencia en su Opinión consultiva OC-29/22, sobre los *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*, de 30 de mayo de 2022, paras. 160-162, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf Sin mención explícita a ella, pueden citarse entre sus *antecedentes* en la Corte las Sentencias en los casos *I.V. c. Bolivia*, de 30 de noviembre de 2016, o *Manuela et al. c. El Salvador*, de 27 de julio de 2022.

Casi veinte años después de la presentación de la petición por E. M. A. y V. V. A ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), esta somete a la Corte las acciones y omisiones identificadas en su informe de fondo³ al haber “tenido en cuenta la necesidad de justicia para las víctimas, así como la posición de éstas respecto del envío del caso a la Corte Interamericana” (paras. 2-4).

En su contestación, el Estado argentino reconocería su responsabilidad internacional respecto de todos los hechos y las violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)⁴, y del artículo 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará) (1994)⁵ (paras. 7, 14-15 y 18), ya aceptada en su primera respuesta a la notificación del informe de fondo⁶. Ello por su intención de “restituir su tradicional política de cooperación con el sistema interamericano”, resaltando que, por vía jurisprudencial, en su Derecho interno las recomendaciones de la CIDH, así como a los acuerdos de solución amistosa celebrados ante esta tienen carácter vinculante y son directamente ejecutables ante sus tribunales⁷. No obstante, discrepó de esta⁸ en el origen de la falta de avances, ya que, vistas las numerosas acciones efectuadas a título de garantías de no repetición⁹, este se hallaba en el rechazo de la contraparte a la determinación arbitral de la compensación pecuniaria; y, en su decisión de someter el caso a la Corte por lo erróneo de “desincentivar los esfuerzos de aquellos Estados que procuran el cumplimiento de las recomendaciones mientras el trámite aún está” en su sede, apuntando vías *mejores* para los pronunciamientos sobre las cuestiones de orden público interamericano¹⁰.

3 Véase CIDH, Informe No. 236/19. Caso 13.002, Informe de Fondo en el *caso Cristina Brítez Arce y familia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.Doc.264, de 6 de diciembre de 2019, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/britez_arce_ar/2_informe.pdf.

4 Con veinticuatro Estados Partes, Argentina depositó su instrumento de ratificación y su aceptación de la jurisdicción de la Corte el 5 de septiembre de 1984 (Véase: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)

5 Argentina es uno de sus treinta y dos Estados Partes al haber depositado el 5 de julio de 1996 su instrumento de ratificación, siendo esta la fecha a partir de la cual se afirma la competencia de la Corte (Información extraída de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>)

6 Véase Escrito de contestación del Estado, de 20 de agosto de 2021, pp. 26 y 34-35, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/britez_arce_ar/4_contest.pdf. Ante ello, la Corte consideró “que hab(ia) cesado la controversia” (Sentencia, paras. 19 y 137.1), tal y como avanzó el Estado argentino.

7 *Ibid.*, p. 25. Sobre ello, véase RUIZ-MORALES, M. L., “El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 21, 2017, pp. 129-160, pp. 142-143. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.06>.

8 Véase CIDH, Escrito de sometimiento del caso, de 25 de febrero de 2021, p. 4, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/britez_arce_ar/1_som.pdf.

9 Entre ellas, la adopción de la Ley 25.929 de *Parto Humanizado*, de 25 de agosto de 2004, y del Decreto 2035/2015 con su *Reglamentación*, de 24 de septiembre de 2015, o la Ley 26.485 sobre la *Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*, de 11 de marzo de 2009.

10 *Ibid.*, pp. 26-34. Así, p. ej., señaló la mayor idoneidad de una opinión consultiva para que la Corte se *explayase* sobre la cuestión. Opción que despierta las sombras acerca de su alcance, salvo que se acoja fuera de toda duda el carácter vinculante de dichas opiniones a través del control de convencionalidad afirmado por la Corte (Véanse las posiciones críticas LÓPEZ ZAMORA, L. A., “Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Algunas Lecciones Provenien-

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El pronunciamiento conjunto por la Corte sobre el alcance de las violaciones de los derechos a la vida (art. 4.1 de la Convención Americana), a la integridad personal (art. 5.1) y a la salud (art. 26) de la Sra. Brítez, en relación con el art. 1.1 de dicho tratado (paras. 23), se escindiría en la parte resolutive entre las violaciones a los primeros y la violación al tercero, con diferente apoyo judicial¹¹. Corresponde indicar que sería la CIDH quien en el informe de fondo introduciría el examen relativo a los arts. 5.1 y 26 conforme al principio *iura novit curia*¹².

De nuevo, la Corte partió de la relación “inescindible” entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) (paras. 57, 59 y 69), para reiterar su fundamentación previa (Convención Americana y Carta de la Organización de Estados Americanos) sobre el carácter autónomo del derecho a la salud, respaldado por un “amplio consenso regional” evidenciado en diversos ordenamientos internos (para. 58). En esa suerte de prueba de la existencia de una norma consuetudinaria, llama la atención que, aun con citas en notas al hilo de los deberes especiales que surgen para el Estado ante una situación de especial vulnerabilidad como el embarazo y el posparto, así como de los principios que rigen los derechos de estas dos generaciones, ni la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948), que recoge el derecho a la protección de la salud y al bienestar en su art. IX, ni el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (1988), que hace lo propio en su art. 10, y del cual es Parte Argentina junto con otros diecisiete Estados¹³, fueran mentados siquiera en inciso. Sea como fuere, ello siguió siendo insuficiente para erosionar siquiera un ápice las posturas disidentes, constantes también, a favor de una posible justiciabilidad de los DESCAs por vía de la conexidad con los derechos de primera generación, pero en contra de su predicamento directo¹⁴.

Profundizando en la atención a la salud durante el embarazo, el parto y el postparto, la Corte procedió a reiterar sus pronunciamientos previos, con diversas referencias a instrumentos universales y práctica universal y regional, sobre las obligaciones estatales. Así, recordó el deber de proporcionar servicios de salud, incluidos los de emergencia, adecuados, especializados y diferenciados durante cada una de esas fases que garanticen la salud materna y prevengan su morbilidad y mortalidad, incidiendo en el respeto del derecho a la vida de la madre (para.

tes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre «Medio Ambiente y Derechos Humanos»”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 37, 2021, pp. 199-248, pp. 231-234, y VIO GROSSI, E., “La Naturaleza No Vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica UNADES*, vol. 2, 2018-2, pp. 200-214).

11 Sus consideraciones y la correspondiente responsabilidad argentina sobre las primeras recibieron el voto unánime de la Corte IDH, mientras que la segunda y correlativa responsabilidad obtuvieron cuatro votos a favor y las dos disensiones del juez Humberto Sierra Porto (Colombia) y la jueza Patricia Pérez Goldberg (Chile) (paras. 137.2 y 3).

12 Véase CIDH, Informe No. 236/19, *op. cit.*, paras. 54-55.

13 Depositó su instrumento de ratificación el 23 de octubre de 2003 (Información extraída de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>).

14 Sus argumentaciones, coincidentes con las anteriormente expresadas al respecto, se pueden consultar en Sentencia..., *op. cit.* en nota 1, pp. 40-41 y 42-47.

62-69). De ahí que, si se adoptan medidas, pero la mortalidad materna aumenta, como ocurrió en este caso tras 2019, se estime que hay violación de la misma (paras. 70-71 y 118). Por ende, insistió en el deber de satisfacer los elementos de disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad, deteniéndose en la accesibilidad de la información (para. 72), que implica la obligación, vulnerada en este caso, de informar plenamente a las mujeres durante el embarazo, el postparto y la lactancia sobre su condición médica, con información precisa, oportuna y adecuada sobre su salud reproductiva y materna, sin sesgos ni discriminación, incluyendo un plan de parto y respetando el derecho al contacto materno-filial (paras. 73 y 82-83).

La Corte mantuvo su posición previa de que “la falta de atención médica adecuada o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos pueden implicar” la violación de su derecho a la integridad, siendo posible que las mujeres sean sometidas a formas específicas de violencia, malos tratos o tortura en el contexto del embarazo (para. 74), como antesala de su mayor caracterización de la violencia obstétrica. Reiteró que esta comprende “todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente o de denegación de tratamiento, durante el embarazo o etapa previa, y durante el parto o postparto, en centros de salud públicos o privados”¹⁵, y es componente de la violencia de género que los Estados tienen la obligación de prevenir, sancionar y erradicar (art. 7 de la Convención de Belém do Pará), así como una vulneración del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en todos los ámbitos donde ha de tenerse en cuenta la especial vulnerabilidad derivada de situaciones de embarazo y período postparto (arts. 2 y 9 de la misma) (paras. 76-77). La cita al análisis que de esta violencia han hecho otras instancias internacionales (Relatorías Especiales sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental y sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con cita expresa al histórico Dictamen en el caso *S.F.M. c. España*, 2020¹⁶; y, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará) precedió a la afirmación de que esta “se expresa mayoritaria, aunque no exclusivamente, en un trato deshumanizado, irrespetuoso, abusivo o negligente hacia las mujeres embarazadas; en la denegación de tratamiento e información completa sobre el estado de salud y los tratamientos aplicables; en intervenciones forzadas o coaccionadas; y en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales, entre otras manifestaciones amenazantes” (para. 81).

15 La Corte reproduce la definición acogida por la CIDH (Véanse, CIDH, Informes *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17, de 17 de abril de 2017, para. 80, y, *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233/19, de 14 de noviembre de 2019, para. 181, disponibles en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MujeresIndigenas.pdf> y <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>.

16 Sobre este véase JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., “La violencia obstétrica como violación de derechos humanos: el caso S.F.M. contra España”, *Deusto Journal of Human Rights-Revista Deusto de derechos humanos*, vol. 7, 2021, pp. 157-178. El Comité ha adoptado dos dictámenes más sobre la responsabilidad derivada por actos de violencia obstétrica en los casos *N.A.E. c. España*, de 27 de junio de 2022 (CEDAW/C/82/D/149/2019, de 13 de julio de 2022), y *M.D.C.P. c. España*, de 24 de febrero de 2023 (Doc. CEDAW/C/84/DR/154/2020, de 7 de marzo de 2023). Vista la posición de nuestro Tribunal Constitucional hasta la fecha (p. ej., en las Sentencias 66/2022, de 2 de junio de 2022 (recurso de amparo 6313-2019), y 11/2023, de 23 de febrero de 2023 (recurso de amparo 899-2021), relativas a una misma situación de parto), cabe augurar que, lamentablemente, nuevos pronunciamientos de instancias supranacionales cuasi jurisdiccionales o jurisdiccionales se añadirán a estos.

A pesar de que la Corte, dado el alcance temporal de la Convención de Belém do Pará respecto de Argentina, no pudo estimar responsabilidad en su virtud, respaldó que los hechos del caso, donde a la paciente se la “perdió de vista” tras el diagnóstico de muerte del feto, constituían violencia obstétrica (paras. 84-85).

En cuanto a los derechos de la prole de la Sra. Brítez a la integridad personal (art. 5.1), a la protección de la familia (art. 17.1) y a la niñez (art. 19) respecto del art. 1.1 de la Convención Americana, introducidos los dos últimos por la Corte vía principio *iura novit curia* (para. 96), la reiteración de su jurisprudencia anterior llevó a la apreciación de los correlativos ilícitos (paras. 90-94), de entre los que se señala la falta de adopción de medidas que, ajustadas a sus características propias, propiciaran su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (con mención especial en este extremo a la Convención de los Derechos del Niño (y de la Niña), 1989) (para. 95).

Finalmente, ante el reconocimiento argentino, la Corte estimó innecesario ahondar en las violaciones de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8.1 y 25.2 de la Convención Americana) respecto del art. 1.1 de dicha Convención y del art. 7 de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de E.M.A. y V.V.A., que fueron recogidas directamente en la parte resolutive de la sentencia¹⁷.

III. CONSIDERACIONES FINALES

En el ámbito interamericano esta sentencia ha supuesto un importante ahondamiento en la clarificación de las obligaciones existentes alrededor de la eliminación de la violencia obstétrica, así como la confirmación de la recepción judicial de su existencia a nivel supranacional en una decisión vinculante (y unánime, vista la ausencia de disidencia en este extremo). Por ende, a nivel universal, constituye un hito de remarcable trascendencia sobre su reconocimiento y las consiguientes obligaciones internacionales frente a esta violencia, principalmente discutida por los sectores profesionales a los que pertenecerían sus sujetos activos. No en balde se ha desvanecido el posible argumento de que son solo mecanismos y órganos supranacionales de carácter no jurisdiccional, junto a algunos Estados, quienes respaldan su consideración como expresión de la violencia de género.

Cierto es que la Corte podría haber empleado una sistemática diferente para poner de relieve el impacto de esta violencia sobre el respeto, entre otros, a los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud de las mujeres embarazadas o en períodos de parto y postparto (derecho este cuya apreciación autónoma no ha despertado reservas, al menos expresas, para Argentina). También, que la Corte podría haber aprovechado la oportunidad de ahondar en las obligaciones de los Estados relativas a la investigación y enjuiciamiento de los hechos en estos contextos, de cara a favorecer previsiones normativas internas mejor perfiladas y más eficaces. Teniendo presente alguno de sus casos pendientes, posiblemente, no tarde demasiado en hacerlo.

17 Véase Parte IX. *Puntos resolutive*, para. 137.4, adoptado por unanimidad.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN 5ª) Nº 1038/2023 Y Nº 1079/2023, DE 18 DE JULIO DE 2023: LOS “JUICIOS POR EL CLIMA 1.0 Y 2.0”

ROSA M. FERNÁNDEZ EGEA*

I. ANTECEDENTES

El 18 y el 24 de julio de 2023 la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español (TS) emitió las sentencias que daban respuesta a los recursos planteados por tres organizaciones ecologistas (Greenpeace, Ecologistas en Acción y Oxfam Intermón) contra el Gobierno español, conocidos como los “Juicios por el Clima 1.0 y 2.0”, respectivamente¹.

Estas sentencias se incardinan dentro de la “litigación climática”, fenómeno que está teniendo lugar ante todo tipo de tribunales, ya sean nacionales o internacionales, y que tienen por objeto reivindicar una mayor y más intensa actuación por parte de los poderes públicos en la adopción de medidas para luchar contra el cambio climático y remediar sus efectos. Ello se debe a que los Estados, y entre ellos, los industrializados, tienen una mayor responsabilidad histórica en término de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) y una mayor capacidad económica para hacerlo, pero no están siendo lo suficientemente ambiciosos para evitar los graves riesgos que lleva aparejado este fenómeno. España se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad a los impactos del calentamiento global, por lo que no debe extrañarnos que también se haya cuestionado la actuación del Gobierno español en materia de reducción de GEI. Paradójicamente, no obstante, estos casos de litigación climática se han interpuesto contra el Gobierno nacional que más ha avanzado, hasta la fecha, en materia climática en este país.

A diferencia de otros casos y litigios acaecidos ante las más altas esferas judiciales en países de nuestro entorno más cercano, así como en otras partes del mundo, el TS español ha desestimado los dos recursos planteados atendiendo a una serie de razones. El presente análisis se centrará en los razonamientos que afectan a la normativa internacional y europea en materia de cambio climático.

* Profesora Titular de Derecho internacional público de la Universidad Autónoma de Madrid (rosamaria.fernandez@uam.es).

1 Doreste Hernández, J./Ruíz-Huerta García de Viedma, L., “Los ‘Juicios por el clima’ o cómo la litigación climática en España se estrelló contra el principio de la separación de poderes”, en Peñalver Cabre, A., *El papel de la ciudadanía y de los jueces en la litigación climática*, en prensa.

II. PRINCIPALES ARGUMENTOS PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

La principal argumentación de las partes reclamantes es que la reducción del 23% de GEI no permite cumplir con el objetivo de temperatura incluido en el artículo 2 del Acuerdo de París (AP), que establece que la temperatura global no debería incrementarse más allá de 2 grados centígrado, así como insta a todas las partes a esforzarse para que este incremento no supere los 1,5 grados.

El motivo es que un incremento de temperatura tal supondrá someter a nuestro planeta a unos riesgos que, de producirse, provocarían unos daños irreversibles y de extrema gravedad para todos los ecosistemas y seres vivos, incluidos los seres humanos. Así ha sido afirmado de forma tajante por el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) en los informes que lleva realizando en las últimas décadas². Para ello, las recurrentes sostienen que a un país como España, le corresponde una reducción de, al menos el 55% de emisiones GEI, a conseguir para 2030, que es el objetivo fijado por la Unión Europea. La normativa española recurrida, en cambio, prevé una reducción del 23% para dicha fecha.

El primer recurso en el tiempo (“Juicio por el Clima 1.0”) se interpuso en septiembre de 2020 ante una inacción climática del Gobierno, por no haber aprobado el preceptivo Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC), en cumplimiento de la normativa climática internacional y europea. Tal inacción terminó en marzo de 2021 con la aprobación del PNIEC, y antes de que el TS entrara a conocer del asunto. Esta circunstancia pudo haber dejado sin objeto al recurso (tal y como solicitó la Abogacía del Estado). No obstante, contra todo pronóstico, el Tribunal aceptó el argumento de las recurrentes que sostuvieron que el recurso no solo contemplaba la omisión “formal” de la falta del PNIEC, sino una omisión “material”, por cuanto la reducción de GEI recogida en el PNIEC (23% para 2030) era claramente insuficiente para cumplir con los objetivos climáticos internacionales.

El segundo recurso (“Juicio por el Clima 2.0”) tenía como objeto que se condenara a la Administración central a revisar los objetivos de mitigación establecidos en el PNIEC y acompañarlos a la legalidad internacional, esto es, a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) y al AP. En particular, se solicitaba elevar el 23% de reducción de GEI previsto en el PNIEC a un porcentaje no inferior al 55% para 2030, respecto de los valores de 1990, para garantizar el respeto a los derechos humanos y un medio ambiente sano.

Por lo tanto, en ambos recursos se trataba de denunciar la insuficiente actuación del Gobierno para mitigar el cambio climático, centrada en el porcentaje de reducción de GEI previsto, para ajustarlo a la legalidad internacional en esta materia. Por este motivo, aunque formalmente las sentencias sean dos, es cierto que las razones para desestimarlas han sido prácticamente las mismas. En este sentido, se hará un tratamiento unitario de los argumentos presentes en ambas sentencias, si bien ha de señalarse que la exposición de los argumentos ha sido más clara, ordenada y rigurosa en la primera de ellas.

2 Los informes del IPCC pueden consultarse en: http://www.ipcc.ch/home_languages_main_spanish.shtml.

III. ARGUMENTOS MÁS RELEVANTES POR LOS CUALES SE HAN DES-ESTIMADO LOS RECURSOS

La formulación imprecisa y no vinculante de los compromisos internacionales climáticos y el amplio margen de discrecionalidad de las Partes en el Acuerdo

A la hora de comprobar si la actuación del Gobierno ha incumplido la legalidad internacional, el TS acoge la argumentación de la Abogacía del Estado al considerar que es vital determinar el carácter vinculante del porcentaje de reducción requerido por la parte demandante (55%). Y es en este punto donde las sentencias cobran interés a efectos de este comentario pues en ellas se lleva a cabo un estudio sobre la naturaleza vinculante de la normativa climática internacional.

Al examinar el carácter vinculante de los compromisos asumidos por España con la ratificación del AP, el TS considera que buena parte del texto tienen naturaleza de *soft law*; y que los escasos compromisos que contiene se han formulado “con una gran indefinición” (STS “Juicio por el Clima 2.0”, p. 64). Tampoco incorpora el Acuerdo un objetivo (porcentaje) de reducción de emisiones GEI concreto, sino que su determinación se deja a la decisión de cada una de las partes, que hacen pública a través de las contribuciones determinadas a nivel nacional (NDC, por sus siglas en inglés). De esta forma, en las sentencias se afirma que, a la hora de cumplir con el AP, los Estados cuentan con un “amplio margen de libertad” para autoimponerse unas obligaciones de reducción de GEI “lo suficientemente significativas como para alcanzar ese logro conjunto” (STS “Juicio por el Clima 1.0”, p. 28).

El TS es consciente de que el AP sí que requiere que los Estados parte cumplan con una serie de obligaciones procedimentales. La más importante a efectos de mitigación (reducción de emisiones GEI) es la de presentar las NDC cada cinco años, reflejando cada vez una mayor progresión en la ambición de los compromisos autoimpuestos (art. 4 AP). Estos extremos formales, sí podrían ser objeto de fiscalización por parte de los jueces. Pero, a la vista de la inexistencia de un porcentaje de reducción de emisiones de GEI a nivel internacional y la indefinición del resto de obligaciones, el TS termina por afirmar que el PNIEC cumple con la normativa internacional climática (AP y CMNUCC).

El cumplimiento del AP bajo la “burbuja comunitaria” y la “bendición” europea de la actuación del Gobierno

Otro de los argumentos clave para desestimar los recursos es el hecho de que el PNIEC fue notificado a la Comisión Europea, que lo consideró conforme con la normativa climática de la UE y, por ende, significa que también es conforme con el Derecho internacional climático (STS “Juicio por el Clima 2.0”, p. 72). Efectivamente, al igual que los sus Estados miembros, la Unión Europea (UE) es parte del AP y debe cumplir con este acuerdo internacional. El AP, además, admite que se lleve a cabo un cumplimiento conjunto cuando se trata de organizaciones de integración, como es el caso de la UE (art. 4.16 AP). Esto es lo que explica que se sólo la UE la que remita la NDC, en al que se incardinan los compromisos individuales de sus Estados miembros y de la propia Unión. A esta posibilidad se la conoce como “burbuja comunitaria”.

De esta manera, el TS señala que España se comprometió a cumplir con el AP en el marco del reparto de esfuerzos fijado por la UE, que, a diferencia del AP, sí establece obligaciones concretas. Sostiene que si se alteraran los porcentajes de reducción por parte de España se abocaría al Gobierno a renegociar esta política en el seno de la Unión (id., p. 55). Es más, a juicio del TS, afirmar que España incumple con el AP significa que la propia Unión está incumpliendo con sus compromisos climáticos internacionales. En este punto el TS reprocha que la parte demandante no haya cuestionado las medidas adoptadas por la Unión. Tal vez este tribunal podría haber planteado una cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia de la UE para salir de dudas.

Así, el TS concluye que no puede sustituir la discrecionalidad y flexibilidad del texto internacional ni pueden sustituir los parámetros de control establecidos a nivel internacional y europeo.

El objetivo del “desarrollo sostenible” y la valoración de los efectos de las medidas climáticas sobre la economía

Otro de los argumentos que merecen atención, pero que sólo ha surgido en la segunda de las sentencias, es que, según el TS, en los tratados internacionales de materias como las del cambio climático, los compromisos se adoptan de forma poco definida porque afectan a las economías de los Estados. En este punto, el Tribunal destaca la importancia del principio del desarrollo sostenible, presente en los textos internacionales ambientales, que implica mantener un equilibrio entre las medidas de mitigación del cambio climático y el mantenimiento del bienestar de los ciudadanos.

El TS afirma que las consecuencias de la implementación de las medidas de reducción de GEI para la economía son evidentes y que requieren una ponderación con los efectos para la propia economía nacional, pues, al afectar especialmente al sector energético, afecta necesariamente a todas las facetas de la vida económica. En su opinión, si la UE no está siendo más ambiciosa (y con ello España, cobijada bajo el “paraguas europeo”) es porque se tienen en cuenta estas cuestiones (id., p. 74).

Reprocha también que no se haya hecho un examen exhaustivo de los efectos de las medidas climáticas sobre las economías de los países, ni se hayan considerado las privaciones que ello conllevaría para la ciudadanía (id., p. 68). Según el TS no puede afirmarse que las medidas de mitigación no son suficientes si se desconoce si se ha guardado la necesaria ponderación en relación con los efectos que estas medidas pueden tener para nuestras sociedades actuales. En cambio, en lo relativo a los efectos sobre los derechos fundamentales de las medidas adoptadas por el Gobierno, de escasa ambición climática, el TS ha evitado pronunciarse. Se limitó a afirmar que al no existir una necesidad de imponer un porcentaje de reducción de emisiones GEI, no existe tal afeción a los derechos fundamentales (id., p. 69).

En definitiva, el TS considera que con el recurso, las recurrentes no solo tratan de que se incrementen la reducción de las emisiones de GEI, sino que se “se imponga al Gobierno la adopción de una política económica muy diferente de la que tiene establecida nuestro País, obligando a la Administración a reformular dicha política” (id., p., 51). Tal decisión no le compete al TS

porque supondría una invasión excesiva contraria al art. 106 de la Constitución. Invoca aquí el argumento de la separación de poderes para evitar fiscalizar la actuación del Gobierno.

IV. VALORACIÓN GLOBAL

La valoración que me merecen los pronunciamientos del TS no es positiva. Al margen de algunas imprecisiones más o menos graves en relación con el AP, como el hecho de cambiarle de denominación y referirse a él como “Convenio de París” o confundir este acuerdo internacional con el órgano plenario de la CMNUCC (la Conferencia de las Partes o COP, por sus siglas en inglés)³, también demuestra un cierto desconocimiento de la especialidad de este acuerdo.

El principal argumento que se sostiene para desestimar el recurso es que carece de contenido sustantivo vinculante por cuanto no establece compromisos específicos de reducción de GEI. Este hecho tiene una explicación y se debe a la experiencia previa que supuso el Protocolo de Kioto (PK), y que parece que el TS desconoce al haber sostenido que el AP es el primer instrumento en el que las Partes de la CMNUCC han acordado dar cumplimiento a dicha Convención (id., p.6). El PK de 1997 fue el primer acuerdo internacional que aplicó la CMNUCC y lo hizo fijando unos compromisos específicos de reducción, eso sí, sólo vinculantes para los Estados industrializados. Dicha “imposición” a nivel internacional constituyó, no obstante, una de las razones (la más importante) por las cuales el Protocolo terminara por perder el apoyo de los países. La experiencia previa del PK es fundamental para entender la aproximación y contenido del AP, pues explica que este último se limite prácticamente a definir obligaciones de procedimiento y deje la fijación de los contenidos sustantivos de reducción de GEI en manos de los Estados. Esta nueva aproximación sí ha permitido sumar un apoyo global al acuerdo.

El AP es, por tanto, un marco en el que los Estados han de autoimponerse compromisos climáticos, de los que han de informar en determinados plazos, y lo que es más importante, han de revisar cada cinco años siempre al alza, es decir, reflejando mayores esfuerzos de mitigación. Ello, no obstante, no significa que su contenido no sea vinculante, ni que carezca de obligación sustantiva alguna⁴. Tampoco significa que los Estados parte cuenten con total libertad para establecer sus políticas climáticas y para perfilar el contenido de las NDC comunicadas. Efectivamente, el AP presenta algunas herramientas para comprobar si los compromisos nacionales en los NDC son o no suficientes para cumplir con su objetivo global, que no es otro que estabilizar las emisiones de GEI a un nivel que no suponga un riesgo grave para el planeta. Entre estas herramientas se encuentra el compromiso de no aumentar la temperatura global, recogido en el artículo 2 del AP, y considerado como una obligación sustantiva vinculante por buena parte de la doctrina.

3 El TS afirma que el AP “no es más que una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, la COP 21, confundiendo así el tratado con el órgano plenario de la CMNUCC (v. STS “Juicio por el Clima, 2.0, p. 59). La COP no es, por tanto, un texto normativo, con lo que tampoco es correcto afirmar que las COP son “acuerdos ulteriores” a efectos de la interpretación de los tratados climáticos (id., p. 61); aunque sí pueden serlo las Decisiones adoptadas en su seno.

4 Voigt, Ch., “The Power of the Paris Agreement in international climate litigation”, *RECIEL*, vol. 33, nº2, pp. 237-249.

Por otro lado, también se afirma en las sentencias que los compromisos recogidos en la normativa climática internacional son a largo plazo y que no se fija plazo alguno, lo cual no es del todo cierto. Si bien la CMNUCC no establece plazo, el AP, que concreta los compromisos climáticos de la Convención, establece en su artículo 4 que las emisiones mundiales de GEI tiene que alcanzar su punto máximo “lo antes posible”, alcanzando la estabilización climática “en la segunda mitad del siglo”. En otras palabras, para el 2050 los países no han de emitir más GEI de los que se puedan absorber (a través de los sumideros) para neutralizar estas emisiones. Si bien se deja cierta flexibilidad para los países menos adelantados, éste no es el caso de España que, en 30 años tendría que pasar de una reducción del 23% al 100%.

Tal vez el TS no podía decidir que España tiene que comprometerse a reducir un 55% para 2030 (aunque otros tribunales supremos en Europa han fijado porcentajes respecto de sus propios países), pero lo que sí podría haber hecho es constatar que un 23% es claramente insuficiente para cumplir con los compromisos climáticos internacionales. La prueba de que el 23% no era la reducción más ambiciosa que pudo haber asumido España es que en el actual PNIEC (apenas 3 años después del recurrido), ha subido al 32% (casi 10 puntos).

Pero lo más lo más decepcionante de las sentencias es que han evitado pronunciarse sobre los efectos que puede tener las medidas adoptadas por el Gobierno para los derechos fundamentales, que ha sido uno de los argumentos más importantes invocados por las recurrentes. El TS sí que ha mencionado, en cambio, la importancia de tener en cuenta los efectos que las políticas climáticas tendrán para la economía de un país, desconociendo que el coste de no actuar o de actuar insuficientemente ahora, supondrá un coste exponencialmente superior de hacerlo más adelante. Los efectos sobre los derechos fundamentales importan. Así se ha constatado en la mayor parte de los casos acaecidos en las instancias nacionales e internacionales, constituyendo una de las principales argumentaciones para atacar las actuaciones de las administraciones públicas poco ambiciosas. Y es que ya no puede negarse el vínculo intrínseco que existe entre la inacción climática y la afectación sobre los derechos fundamentales más básicos⁵.

El TS invocó el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 para indicar la importancia de tener en cuenta el AP a la hora de interpretar la CMNUCC, lo cual es evidente porque el primero es aplicación de la segunda (art. 2 AP). Sin embargo, lo obvia para dotar de valor interpretativo al preámbulo del AP, que alude precisamente a la necesidad de cumplir con las obligaciones relativas a los derechos humanos. Esta mención no sólo es importante porque el AP es el primer acuerdo multilateral de medio ambiente que menciona la importancia de cumplir con los derechos fundamentales, sino porque reclama una lectura de sus compromisos en clave de derechos humanos⁶.

5 En este sentido, el TEDH podrá brindar algo de luz cuando resuelva los casos que tiene pendientes ante la Gran Sala (ass. *Duarte Agostinho et al. c. Portugal y otros 32 Estados*, de 13.11.2020, *Unión de Mujeres Mayores Suizas para la Protección del Clima c. Consejo Federal Suizo et al*, de 26.11.2020, y *Carême c. Francia*, de 28.01.2021).

6 Montini, M., “*Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*”, *Rivista Ordine internazionale e diritti umani*, n. 3/2020, pp. 506-537.

En conclusión, considero que el TS no ha sido valiente y ha defendido argumentos ya superados por otros tribunales supremos de nuestro entorno, en circunstancias parecidas⁷. Sin embargo, la ocasión requería de una actuación audaz. El pasado mes de septiembre, en su discurso ante los líderes mundiales reunidos en la Asamblea General de Naciones Unidas, el Secretario General, António Guterres, afirmó que “hemos abierto las puertas del infierno” por no luchar suficientemente contra el cambio climático. Pronunciamientos jurisprudenciales como los aquí comentados hacen un flaco favor a los esfuerzos mundiales por intentar, al menos, entornar estas puertas.

7 Gonzalez Merinero, S./Tigre, M.A., “Understanding Unsuccessful Climate Litigation: The Spanish Greenpeace Case. Climate Law”, *Sabin Center Blog*, 11.09.2023; disponible en: <https://blogs.law.columbia.edu/>.

DE RESORTE AUTOMÁTICO PARA LA OBTENCIÓN DE REPARACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA A MERO INSTRUMENTO ORIENTADOR DE MEDIDAS LEGISLATIVAS: VAIVENES EN TORNO AL VALOR DE LAS DECISIONES DEL CAT SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. LA SENTENCIA 786/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2023

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA*

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia aquí analizada es un pronunciamiento de Tribunal Supremo acontecido el 13 de junio de 2023¹ y que viene a resolver el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado —con el apoyo de la Fiscalía— contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 27 de abril de 2022 a propósito del caso E.L.G. La sentencia recurrida ya fue objeto de análisis en la presente revista por lo que, a propósito de los hechos, me limitaré a realizar un breve resumen y a resaltar únicamente los aspectos más relevantes acontecidos en el nuevo pronunciamiento².

Conviene recordar que, en enero de 2013, E.L.G. fue interpelada por la policía a la salida de una discoteca de Córdoba bajo sospecha de ser la responsable de varios hurtos cometidos esa noche en el local de ocio al encontrar en su bolso una cartera que no le pertenecía. Antes de introducirla en el vehículo, la esposaron sin notificarle por qué la detenían, le tiraron del pelo y la golpearon contra el coche. E.L.G. afirmó que durante el trayecto su cabeza sufrió multitud de impactos contra la mampara separadora consecuencia de la aceleración y frenados premeditados efectuados por el conductor de la patrulla. Al cabo de media hora en comisaría, los agentes le indicaron que quedaba en libertad y podía abandonar las dependencias policiales.

Durante el tiempo en comisaría no fue asistida por un médico; una vez fuera, llamó por sus propios medios a una ambulancia que la recogió frente a las dependencias policiales y la trasladó a un hospital donde un facultativo certificó la rotura de su nariz con necesidad de cirugía y la existencia de hematomas en una de sus muñecas.

* Profesor permanente laboral de Derecho internacional público de la Universitat Jaume I de Castellón (aarrufat@uji.es).

1 STS 786/2023 de 13 de junio de 2023, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 2842/2023 – ECLI:ES:TS:2023:2842, disponible aquí (todos los enlaces en este comentario fueron consultados por última vez 10 de noviembre de 2023)

2 Véase E. Jiménez Pineda, C. Quesada Alcalá, M. E. Salamanca Aguado, N. M. Ochoa Ruiz, M. I. Torres Cazorla, F. Gómez Isa, F. Pascual Vives, L. E. Aragonés Molina, A. D. Arrufat Cárdaya, E. M. Rubio Fernández (coordinadora) y M. García Casas (coordinadora). DOI: 10.17103/reei.44.13. Disponible aquí.

Dos días más tarde presentó una denuncia contra los agentes por tortura e incumplimiento del deber de cuidado cuando solicitó asistencia médica. La misma resultó archivada porque “de las grabaciones no se podía asegurar que dichas lesiones fueran resultado de la acción policial”. En el mismo sentido, se pronunciaron primero la Audiencia Provincial de Córdoba —en el recurso de apelación y en el incidente de nulidad— y posteriormente, el Tribunal Constitucional que inadmitió el amparo por Auto de fecha 16 de marzo de 2015.

Agotadas las instancias internas presentó una Comunicación individual ante el Comité contra la tortura (en adelante CAT), dónde denunciaba la violación por España de los artículos 1, 12, 13 y 16 de la Convención contra la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de Naciones Unidas. La Decisión adoptada por el CAT resolvió que España había vulnerado la Convención al no facilitar la asistencia médica y le instó a que proporcionara a la víctima una reparación plena y adecuada por los sufrimientos padecidos, incluidas medidas de indemnización y rehabilitación; igualmente, instó al estado a adoptar medidas administrativas para evitar futuras infracciones. Las medidas de seguimiento del cumplimiento —establecidas por el CAT en noventa días a partir de la fecha de envío de la Decisión— fueron desoídas por el Estado, las reparaciones señaladas, también.

En octubre de 2022, E.L.G. presentó escrito a la Secretaría de Estado de Seguridad pidiendo información sobre los acuerdos adoptados en ejecución de la Decisión del CAT, los motivos del retraso injustificado y la impartición de instrucciones para su inmediato cumplimiento. A continuación, planteó una reclamación en vía administrativa por responsabilidad patrimonial contra el Ministerio de Interior por las lesiones sufridas y por la omisión de asistencia médica. El silencio negativo recibido como respuesta a ambas acciones fundamentó el recurso contencioso-administrativo presentado ante la Audiencia Nacional bajo el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona³.

En su pronunciamiento de 27 de abril de 2022, la Audiencia Nacional estimó parcialmente dicho recurso contencioso-administrativo al entender que “mientras no se proceda a la reparación plena y adecuada de los daños causados en ejecución de la Decisión del CAT, se mantiene, persiste y se perpetúa la vulneración de derechos humanos que aquella declara, a saber, que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ex artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 7 del PIDCP o su correlativo o equivalente el derecho a la integridad física del artículo 15 de la Constitución”. Por ello, condenó al Estado a pagar a E.L.G. la cantidad de 3.000 euros como indemnización, de acuerdo con el informe del médico forense. Un automatismo que “sentó una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y afecta a un gran número de situaciones, no siendo aplicable solo al caso individualmente analizado”, según el abogado del Estado.

Tras el recurso presentado por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo dictó primero auto —el 27 de octubre de 2022— admitiendo el recurso y, posteriormente —el 13 de junio de 2023—, sentencia, rechazando el pronunciamiento de la Audiencia Nacional y negando el derecho a indemnización de la actora.

3 Recogido en el artículo 53.2 de la CE y desarrollado en el artículo 114 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

En su sentencia, el Tribunal Supremo comienza situando el interés casacional en que se determine si, en el supuesto de decisiones del CAT que concluyan la existencia de vulneración de algunos de los derechos reconocidos en la Convención e insten a su reparación por el Estado, las mismas vinculan a la administración y a los órganos jurisdiccionales españoles como prueba de la existencia de responsabilidad patrimonial, sin necesidad de análisis de la concurrencia de la misma. Hay varios aspectos que conviene analizar de la Sentencia:

En primer lugar, el Tribunal Supremo niega el carácter jurisdiccional de los Comités de las Naciones Unidas para los Estados afirmando que la función del CAT es la de “resolver quejas” que se le presentan y que no ostenta el monopolio en la interpretación de la Convención. En segundo lugar, niega el carácter vinculante de dichas decisiones afirmando que se trata de meras observaciones, recomendaciones y declaraciones, así como propuestas de medidas destinadas a evitar futuras lesiones de derechos. Sin embargo, sorprende que, a continuación, afirme el carácter jurídico de las mismas y les otorgue “cierto valor jurídico”, como meros “indicadores relevantes” del cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones contenidas en los tratados y que deben ser tenidos en cuenta para encauzar la acción legislativa del Estado. En definitiva, una suerte de obligación de asistir, oír, pero no de atender. Nótese también que las Decisiones de los Comités no son Observaciones Generales ni tampoco Recomendaciones emitidas al Estado tras informes periódicos, sino respuestas concretas a denuncias planteadas por vulneraciones a particulares.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo reitera la reducción de las Decisiones a mero indicador orientador apoyándose en elementos semánticos contenidos en las decisiones de los Comités de la ONU como “el Comité observa”, el “Comité recuerda”, el “Comité toma nota” o el “Comité recomendando al Estado Parte”⁴. Efectivamente así es, pero una revisión más detenida de la semántica del Dictamen del CAT permite aflorar otros términos más expeditivos —y que no han sido mencionados en la sentencia que se analiza. Entre ellos, se utiliza la expresión “el Comité considera” a la hora de determinar que “se han agotado los recursos internos y que no hay obstáculos para la admisibilidad de la Comunicación individual” abriendo con ello, la vía para la protección internacional de los derechos de la actora; también lo “considera” cuando afirma que España cumplió “su obligación de proceder a una investigación pronta e imparcial de las acusaciones de la autora sobre tortura o tratos crueles, de conformidad con el artículo 12 de la Convención” en el caso de autos⁵. En otras ocasiones y siempre dentro del mismo pronunciamiento, el Comité “concluye” por ejemplo, a la hora de catalogar “que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación —por parte del Estado— del artículo 2, párrafo 1, leído conjuntamente con el artículo 16, y de los artículos 11, leído solo y conjuntamente con el artículo 2, y 16 de la Convención”; también lo hace, cuando incluye en su Decisión que puede

4 Fundamento Jurídico Quinto. STS 786/2023 de 13 de junio de 2023, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 2842/2023 – ECLI:ES:TS:2023:2842, disponible aquí (todos los enlaces en este comentario fueron consultados por última vez 10 de noviembre de 2023).

5 Véanse párrafos 7.4 y 8.5 Dictamen E.L.G. *contra España* adoptado por el Comité contra la Tortura en virtud del artículo 22 de la Convención, respecto de la comunicación núm. 818/2017, de 26/11/2019. CAT/C/68/D/818/2017. Texto disponible aquí.

“concluirse” que existieron indicios razonables de tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no han sido disipados por el Estado parte”⁶. Utiliza también el término “decidir” a la hora de determinar si la cuestión no estaba siendo valorada por otra instancia internacional, lo que habría implicado el decaimiento inmediato de la pretensión de la actora; y vuelve a hacerlo para establecer su función —debe decidir— de conformidad con el artículo 12 de la Convención, si existen motivos razonables para creer que se cometieron actos que configuraron tratos crueles, inhumanos o degradantes contra la autora y, en caso afirmativo, si las autoridades del Estado parte cumplieron con su obligación de proceder a una investigación pronta e imparcial al respecto⁷. Del mismo modo, el Comité justifica su labor cuando afirma que “actúa” en virtud del artículo 22 de la Convención para concluir que los hechos fueron constitutivos de vulneración internacional; e “insta” al Estado parte a reparar el daño causado⁸.

En cuarto lugar, el Tribunal Supremo rechaza nuevamente la vía de la reclamación por responsabilidad patrimonial por un funcionamiento anormal de la Administración por el incumplimiento del Dictamen y reitera su jurisprudencia “*a propósito del artículo 2 del Pacto cuando afirmó que* «cada uno de los Estados parte (...) se compromete a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto”. Y continúa indicando que “*cada Estado parte asume el compromiso de “adoptar (...) las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto”*. Sin embargo, a continuación, señala que dichas medidas únicamente podrán adoptarse vía acciones legislativas —que se deberán adoptar en el futuro—, olvidando que la expresión “adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados” alcanza al conjunto de poderes del Estado. Y con ello, rechaza también el papel de los tribunales como vehículo provisional de reparación ante vulneraciones internacionales cometidas por el Estado —en tanto en cuanto dichas medidas legislativas hayan sido adoptadas—.

Finalmente, el Tribunal sostiene que la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal únicamente puede darse una vez probado dicho funcionamiento anormal y que el mismo no se produjo ni cuando consideró insuficientemente demostrado el comportamiento reprochable de los agentes, ni cuando en vía administrativa, se resolvió con silencio negativo la reclamación de reparación ni, tampoco, cuando incumplió la obligación de informar al CAT en un plazo de noventa días “sobre las medidas que haya adoptado para dar curso a la presente decisión”.

A fecha de entrega del presente trabajo⁹ ya se conoce que la defensa del E.L.G. ha instado recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional sosteniendo la especial trascendencia constitucional en dos aspectos: a) la cuestión novedosa que se esgrime consiste en dilucidar si el art. 15 CE implica la responsabilidad del Estado sobre los malos tratos sufridos por personas privadas de libertad bajo la custodia del Estado, en los casos en los que los órganos judiciales no han podido identificar expresamente a los autores de los mismos, tal y como sostiene la

6 Véanse párrafos 9 y 8.4 Dictamen [E.L.G. contra España ... op. cit.](#) Texto disponible aquí.

7 Véanse párrafos 7.1 y 8.3 Dictamen [E.L.G. contra España ... op. cit.](#) Texto disponible aquí.

8 Párrafos 9 y 10 Dictamen [E.L.G. contra España ..op. cit.](#) Texto disponible aquí

9 Esto es, el 10 de noviembre de 2023.

jurisprudencia del TEDH¹⁰ y, b) sobre el valor de las Decisiones del CAT en los procedimientos de responsabilidad patrimonial a través del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales —una cuestión sobre la que aún no se ha recaído jurisprudencia— y, particularmente a propósito de supuestos donde no se solicita la revisión de una sentencia ya dictada sino el pago de una indemnización.

III. CONCLUSIONES

Con la sentencia analizada, se da un paso más para afianzar la excepcionalidad de la doctrina González Carreño a propósito de la naturaleza vinculante de los dictámenes de Comités de seguimiento de tratados en procedimientos para determinación de la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración.

Una sentencia que reviste particular interés pues niega tal consideración en vía administrativa y que, más allá de sorprender —son múltiples ya los pronunciamientos en sentido semejante— deja un sabor amargo por el desconocimiento —y en cierto modo, desconsideración— judicial que se evidencia de la finalidad, conformación y labor de los Comités de tratados y, en consecuencia, de los actos que emiten.

Un pronunciamiento del Tribunal Supremo demoledor para la sentencia objeto de recurso porque —como indica el voto particular—, más allá del interés por establecer el valor que se le deba otorgar a las decisiones del CAT en los tribunales internos españoles, implica rechazar la responsabilidad patrimonial por la omisión de asistencia médica a una persona bajo custodia del Estado.

10 *Vid.* Sentencias TEDH, *Tomasi c. Francia*, de 27 de agosto 1992, serie A núm. 241-A, pp. 40-41, pp. 108-111, y *Ribitsch c. Austria*, de 4 diciembre 1995, serie A núm. 336, p. 26, § 34^o (§ 87).

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**POR S. ADROHER BIOSCA, R. ARENAS GARCÍA, P. JIMÉNEZ BLANCO,
P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS Y A. YBARRA BORES**

COORDINADA POR B. AÑOVEROS TERRADAS*

SUMARIO:

REMISIÓN A UN ÓRGANO JURISDICCIONAL MEJOR SITUADO Y TRASLADO
ILÍCITO DE MENORES. SENTENCIA DEL TJUE DE 13 DE JULIO DE 2023 (C-87/22)

POR S. ADROHER BIOSCA PP. 601-606

¿ACASO SOY EL GUARDIÁN DE MI HERMANO? MEDIDAS ANTIPROCESO Y
ORDEN PÚBLICO [A PROPÓSITO DE LA STJ (SALA TERCERA), DE 7 DE SEP-
TIEMBRE DE 2023, C-590/21]

POR R. ARENAS GARCÍA PP. 607-614

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, DOBLE PATERNIDAD Y RELACIÓN FAMILIAR
COMO ALLEGADOS EN UNA SITUACIÓN INTERNACIONAL (STS, SALA DE LO
CIVIL, Nº 1958/2023, DE 16 DE MAYO DE 2023)

POR P. JIMÉNEZ BLANCO PP. 615-621

ASIGNACIÓN DE SEXO LEGAL INDETERMINADO: STJ DE ANDALUCÍA (SALA
DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª) NÚM. 83/2023, DE 23
DE ENERO

POR P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS PP. 623-628

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, (SECCIÓN 4ª), DE 3
DE MAYO DE 2023: A VUELTAS CON LA PROFESSIO IURIS ANTICIPADA

POR A. YBARRA BORES PP. 629- 633

* B. Añoberos Terradas, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona.

REMISIÓN A UN ÓRGANO JURISDICCIONAL MEJOR SITUADO Y TRASLADO ILÍCITO DE MENORES. SENTENCIA DEL TJUE DE 13 DE JULIO DE 2023 (C-87/22)

SALOMÉ ADROHER BIOSCA*

I. HECHOS

La sentencia de la Sala cuarta del TJUE de 13 de julio de 2023 versa sobre la remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto del artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, en adelante el Reglamento cuando ese órgano es el de un estado al que el niño ha sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores. Se trata de una figura novedosa en el Derecho europeo solo prevista en este Reglamento y únicamente en relación a la responsabilidad parental¹, que algunos han denominado “fórum non conveniens”².

El caso se refiere a una pareja de eslovacos, padres de dos niños nacidos en Eslovaquia en 2012. En 2014, se establecieron en Austria, país en el que los niños asistieron a la escuela infantil, pero en 2017 fueron escolarizados en Eslovaquia acudiendo todos los días al centro educativo desde su domicilio en Austria. Los niños prácticamente solo hablan eslovaco. Los padres se separan a comienzos de 2020, y en julio de ese año, la madre se llevó a los niños a vivir con ella en Eslovaquia, sin el consentimiento del padre.

* Profesora propia ordinaria de Derecho internacional privado de la Universidad Pontificia Comillas. ECLI:EU:C:2023:571

1 Musseva, B., *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas IIb*, Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2023, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/426843> la califica de “regla innovadora”.

2 SÁNCHEZ LÓPEZ, B., “Responsabilidad parental y la aplicación del fórum non conveniens de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: La STJUE de 27 de octubre de 2016”. *CDT* (Marzo 2018), Vol. 10, n.º 1, pp. 639-656; DURÁN AYAGO, A., “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: las reglas especiales (arts. 11,12,13 y 14). En CAMPUZANO DÍAZ, B., *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2022, pp.103-110. Como señala HERRANZ BALLESTEROS, M., (*El fórum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*. Tirant lo Blanch 2011, pp. 193-97) existen dos importantes diferencias entre el fórum non conveniens tradicional y el previsto en el art. 15 del Reglamento: el Estado remitido no es competente en virtud del Reglamento y las autoridades a las que se puede remitir están tasadas por el propio Reglamento. En este mismo sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., (“Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D. La Ley Unión Europea, n.º 43, 30 de diciembre de 2016, Año IV, Editorial Wolters Kluwer, p. 1) señala que en todo caso sería un fórum conveniens/ fórum non conveniens peculiar por su “naturaleza cooperativa bilateral y del establecimiento apriorístico de las alternativas al Tribunal normalmente competente”. El TJUE la ha denominado “mecanismo de cooperación” (Asunto C-455/15, par. 44, Asunto C/8722 par. 40 entre otros).

El padre presentó dos demandas: una de restitución del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (en adelante CH80) en Eslovaquia, y otra en Austria en la que solicitaba la custodia exclusiva de sus dos hijos. La madre se opuso a esta última demanda formulando una excepción de falta de competencia internacional alegando que los niños siempre habían tenido su residencia habitual en Eslovaquia y que no estaban integrados socialmente en el lugar del domicilio familiar en Austria. El tribunal de primera instancia estimó dicha excepción pero tanto el Tribunal Regional como el Tribunal Supremo de Austria la desestimaron.

La madre pidió entonces al Tribunal de Distrito austriaco que solicite al órgano jurisdiccional eslovaco que se declarase competente en materia de custodia de los menores (artículos 15, 1 b y 2 a y 5 del Reglamento). Alegó que además del procedimiento de restitución existían varios procedimientos pendientes ante el Tribunal comarcal eslovaco iniciados tanto por el padre como por ella misma y, los órganos jurisdiccionales de este país estaban mejor situados para conocer de la cuestión de la responsabilidad parental, habida cuenta de las múltiples diligencias probatorias llevadas a cabo. El padre se opuso a tal solicitud por considerar que la competencia prevista en el artículo 15 no puede transferirse a los tribunales del Estado miembro que conocen de una demanda de restitución en virtud del CH80.

El Tribunal austriaco estimó las pretensiones de la madre considerando que el Tribunal eslovaco, que ya había dictado varias resoluciones relativas al derecho de visita, era el mejor situado para resolver sobre la responsabilidad parental. Asimismo, en su opinión, un procedimiento judicial ante los tribunales austriacos se vería dificultado ya que los exámenes psicológicos y sociales de los niños precisarían de intérprete jurado.

El padre recurrió la solicitud ante el Tribunal Regional austriaco, que elevó al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Debe interpretarse el artículo 15 del Reglamento en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto, al considerar que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, solicita a ese otro que ejerza su competencia, esta solicitud es lícita aun en el caso de que ese segundo Estado miembro sea donde el menor tiene su residencia habitual tras haber sido trasladado allí ilícitamente?
- 2) ¿Debe interpretarse el artículo 15 del Reglamento en el sentido de que los criterios que contiene para el traspaso de la competencia son taxativos, sin que sea necesario atender a otros criterios que tengan en cuenta un procedimiento iniciado de conformidad con el artículo 8 del CH80?

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

No es la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre el mecanismo previsto el artículo 15 del Reglamento³, si bien ha sido un precepto de escasa aplicación⁴ tanto en la jurisprudencia europea, como en la española⁵. Sin embargo, lo singular de esta sentencia es que si bien no es la primera vez en que el TJUE analiza la aplicación del art. 15 en el contexto de un posible traslado ilícito de menores (también en el asunto C-455/15) resuelve sobre la validez de la transferencia prevista en dicho artículo al órgano judicial del Estado al que se ha producido dicho traslado. Por ello, me centraré en tres aspectos, los dos primeros, coincidentes con las dos cuestiones prejudiciales y el tercero, que no se plantea en la sentencia, sobre la calificación de la residencia habitual de los menores.

En primer lugar, el presupuesto de aplicación del artículo 15 implica determinar si el Estado miembro competente respecto del fondo puede excepcionalmente utilizar el mecanismo de remisión cuando el Estado al que remite la competencia es al que los niños han sido trasladados ilícitamente, ya que el TJUE había precisado tres cuestiones con anterioridad en relación a este presupuesto.

La primera es que el art. 15 no es aplicable en los siguientes casos: a) cuando el primer Estado tiene competencia para adoptar medidas cautelares (art. 20) pero no respecto del fondo (arts. 8-13) (Asunto C-523/07 del TJCE); b) cuando ambos órganos jurisdiccionales son competentes para conocer del fondo del asunto (por ejemplo, el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda es prorrogado por los progenitores y el segundo es el de la residencia habitual de los menores) (Asunto C-478/17⁶). Además, el tribunal competente en virtud de la prórroga de competencia del art. 12 que ya ha dictado una resolución firme, no puede traspasar la competencia al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro en virtud del art. 15, dado que ya no existe ningún procedimiento en curso en materia de responsabilidad parental (Asunto C436/13).

La segunda es que este mecanismo es también aplicable en el ámbito de protección de menores y de adopción de medidas de protección de carácter público y aunque “la declaración de competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro requiera que ulteriormente una autoridad de ese otro Estado miembro inicie un procedimiento distinto del incoado en el

3 Resoluciones del TJCE o TJUE: 2 de abril de 2009 (asunto C-523/07, TJCE\2009\83); 1 de octubre de 2014 (asunto C436/13, ECLI:EU:C:2014:2246); 19 de noviembre de 2015 (asunto C-455/15, ECLI:EU:C:2015:763); 27 de octubre de 2016 (asunto C-428/15, TJCE\2016\537); 4 de octubre de 2018 (asunto C-478/17, ECLI:EU:C:2018:812), y Auto de 10 de julio de 2019 (ASUNTO 530/18, ECLI:EU:C:2019:583).

4 DURAN AYAGO, A., *op. cit.* p 104.

5 La figura ha sido objeto también de poca jurisprudencia española: AP de Salamanca (Sección 1ª) Sentencia núm. 486/2006 de 29 noviembre (JUR\2007\144148); AP de Barcelona (Sección 18ª) Auto núm. 161/2015 de 20 mayo (AC\2015\789); AP de Gerona (Sección 2ª) Sentencia núm. 175/2019 de 7 mayo (JUR\2019\159786); AP de Girona (Sección 2ª) Sentencia núm. 104/2019 de 18 marzo (JUR\2019\101106); AP de Vizcaya (Sección 4ª) Auto núm. 102/2020 de 23 enero (JUR\2020\93584).

6 CAMPUZANO DÍAZ, B., “El art. 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ Y JO, AS. 478/17 CDT (octubre 2019), Vol. 11, nº 2, pp. 452-461.

primer Estado miembro, con arreglo a su Derecho interno y en consideración a circunstancias fácticas eventualmente diferentes” (Asunto C-428/15⁷).

La tercera es que la aplicación del art. 15 no puede controlarse en sede de reconocimiento, a pesar de que el art. 24 no alude específicamente a este precepto al negar el control de la competencia judicial del tribunal de origen (Asunto C-455/15).

Por tanto, el presupuesto de aplicación del artículo 15 es que el órgano jurisdiccional remitente sea competente con carácter principal y el órgano remitido no lo sea (según los arts. 8-13), que el primero no haya dictado una resolución firme, que el supuesto se produzca tanto en el ámbito de una crisis matrimonial o de pareja como en procedimientos de protección de menores, y que cumpla los tres criterios que se analizarán en segundo lugar. El TJUE señala en el caso lo siguiente: “cuando el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre el fondo de un litigio relativo a la responsabilidad parental basa esa competencia en el artículo 10 del Reglamento, el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, que pueda considerarse que está mejor situado para conocer del asunto, en el sentido del artículo 15 de dicho Reglamento, será, por regla general, un órgano del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente”. En consecuencia, a la primera cuestión prejudicial responde que el art. 15 debe interpretarse “en el sentido de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, competente para resolver sobre el fondo de un asunto en materia de responsabilidad parental con arreglo al artículo 10 puede solicitar, excepcionalmente, la remisión de ese asunto, prevista en el artículo 15, a un órgano jurisdiccional del Estado miembro al que ese menor ha sido ilícitamente trasladado por uno de sus progenitores”.

En segundo lugar, debe analizarse si los criterios establecidos en el artículo 15 para el órgano jurisdiccional remitente considere facultativa y excepcionalmente la remisión, son taxativos. El artículo 15 exige el consentimiento de, al menos, una de las partes, que se cumplan una serie de condiciones procedimentales, y que den tres requisitos acumulativos: que el órgano remitido tenga una vinculación especial, esté mejor situado para conocer y la remisión responda al interés superior del menor. Por tanto, entre estos no se menciona como obstáculo la existencia de un procedimiento de restitución sin resolución firme del CH80, en el Estado miembro al que el menor afectado ha sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores, pero este hecho debe ser tomado en cuenta para determinar si se cumplen los tres requisitos previstos señalados.

El TJUE en este caso evalúa positivamente la vinculación especial con Eslovenia, ya que se da uno de los criterios previstos en el Reglamento, la nacionalidad de los niños.

En segundo lugar analiza si el tribunal de este país está mejor situado, y lo traduce en que la remisión aporte “un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor” (Asuntos C428/15 y C530/18). Para ello recuerda que no puede tenerse en cuenta el Derecho material del otro Estado, pero si las normas procesales y de obtención de pruebas (debemos entender como tal la facilidad para obtener las pruebas puesto que los niños viven allí, pero no las diferencias entre los derechos procesales, vid. Asunto C530/18). Y en este sentido,

7 SÁNCHEZ LÓPEZ, B, *op. cit.*; ÁVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*

el tribunal eslovaco está “en mejores condiciones para captar todas las circunstancias de hecho que rodean la vida y las necesidades del menor afectado y para adoptar, basándose en el criterio de proximidad, las decisiones adecuadas con respecto a él”. En este caso concreto, cuando se ha presentado una demanda de restitución del CH80 ante las autoridades competentes del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente, no puede considerarse que ningún órgano jurisdiccional de ese Estado miembro esté «mejor situado» para conocer del asunto, (art. 15, del Reglamento) antes de que transcurra el plazo de seis semanas, previsto en los artículos 11 del CH80 y del Reglamento, respetivamente. Además, la demora importante en la que incurran los tribunales de dicho Estado miembro para conocer de esa demanda de restitución, puede constituir un elemento desfavorable para considerar que tales tribunales están mejor situados para resolver sobre el fondo del derecho de custodia.

En tercer lugar, en este caso, el requisito del interés superior del menor, se debe traducir en que el Tribunal eslovaco no puede adoptar una resolución sobre el fondo del derecho de custodia, antes de pronunciarse sobre la demanda de restitución del menor.

Por tanto el TJUE concluye que el artículo 15.1 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que los requisitos a los que se supedita la posibilidad del órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para resolver sobre el fondo de un asunto en materia de responsabilidad parental de solicitar la remisión de ese asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro son solo los expresamente enunciados en dicha disposición. Al examinar de un lado, la existencia, en ese último Estado miembro, de un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto y, de otro, al interés superior del menor, el órgano jurisdiccional del primer Estado miembro debe tomar en consideración la existencia de un procedimiento de restitución de dicho menor que haya sido iniciado de conformidad con el artículo 8, párrafos primero y tercero, letra f), del CH80 y en el que no haya recaído aún una resolución firme en el Estado miembro al que el menor haya sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores.

Finalmente, el caso es un buen ejemplo de la compleja calificación del foro de la residencia habitual⁸, si bien el TJUE no aborda este aspecto, al no habersele suscitado una cuestión pre-

8 Pérez Martín, L., “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de Derecho de familia y sucesiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XVIII, 2018, pp. 469-494; del mismo autor “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”. En Guzmán Zapater, M., y Herranz Ballesteros, M., (Dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 927-964; Carrascosa González, J., “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro: un estudio jurisprudencial”, en Cebrián Salvat, M.A., (Dir.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 307-323; GONZALEZ MARIMÓN, M., “Un paso más en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”. *Revista boliviana del Derecho* n° 30, 2020, pp.470-495; CORDERO ALVAREZ, C., “Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes”. *CDT* (marzo 2023), vol. 15, n° 1, pp. 254-274. CALZADO LLAMAS, A.J., *La sustracción de menores: el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*. Aranzadi 2023, pp. 149-70.

judicial al respecto. En el procedimiento iniciado por el padre en Austria la madre formula una excepción de falta de competencia internacional alegando que “los niños siempre habían tenido su residencia habitual en Eslovaquia y no estaban integrados socialmente en el lugar del domicilio familiar en Austria”; de hecho fueron escolarizados en este país en 2017, y solo hablan el eslovaco. Podría decirse que durante los tres años anteriores al traslado del domicilio a Eslovaquia, Austria había sido para ellos un mero domicilio en un “país dormitorio”. El tribunal austriaco desestimó por esta causa la demanda del padre, pero esta resolución fue revocada posteriormente. Sin embargo, tanto el padre como la madre iniciaron varios procedimientos en Eslovaquia, y los tribunales de este país fueron competentes por la residencia habitual de los niños y realizaron “múltiples diligencias probatorias”. Por tanto, si se hubiera elevado una cuestión prejudicial sobre el tema, habría sido una buena oportunidad para el TJUE para abundar en su jurisprudencia acerca de la calificación de este foro. Como ha señalado el TJUE en una sentencia ya citada. “han de tenerse en cuenta la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado” (Asunto. C-523/07).

III. CONSIDERACIONES FINALES

El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, incorpora algunas novedades en la regulación de la figura que analizamos⁹, destacando en particular el art. 13 en el que se regula la transferencia de competencia solicitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia. Si bien no es posible explicar las novedades del texto, en su considerando 21 recoge las conclusiones de la sentencia analizada: “el órgano jurisdiccional en el que se esté sustanciando el procedimiento debe estar facultado en determinadas circunstancias para transferir la competencia al Estado miembro en el que el menor esté viviendo a raíz de un traslado ilícito”.

9 RODRIGUEZ VÁZQUEZ. M.A., “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2019/1111. *CDT* vol.12, nº 2, 2020, pp.706-723.

¿ACASO SOY EL GUARDIÁN DE MI HERMANO? MEDIDAS ANTIPROCESO Y ORDEN PÚBLICO [A PROPÓSITO DE LA STJ (SALA TERCERA), DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2023, C-590/21]

RAFAEL ARENAS GARCÍA*

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas antiproceso que prevé el derecho británico han sido fuente generosa de dudas en la aplicación de los instrumentos europeos que regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones. El *bréxit* nos privará en el futuro de más conflictos que permitan ir delimitando los contornos e implicaciones de la regulación europea de la cooperación judicial internacional en lo que se refiere a las medidas que puedan adoptarse en un estado miembro en relación con las acciones que puedan ejercitarse en otro estado miembro¹; pero todavía tendremos unos años en los que será posible valorar las decisiones del Reino Unido a la luz de las exigencias del derecho de la UE o, como sucede en este caso, las decisiones que se tomen en los estados miembros respecto a las decisiones británicas.

La que nos ocupa² es ejemplo de ello, ya que tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por un tribunal griego sobre el reconocimiento en su país de decisiones inglesas adoptadas el 26 de septiembre de 2014 sobre la base procedimientos iniciados en el año 2011³. Se trata, por tanto, de casos cubiertos por el art. 67 del Acuerdo de Retirada del Reino Unido⁴, que prevé que el Reglamento 1215/2012 (y, se entiende, su precedente, el Reglamento 44/2001) se aplicarán para el reconocimiento y ejecución de resoluciones, documentos públicos, acuerdos y transacciones judiciales que resulten de procedimientos incoados antes del fin del período transitorio, que fija el propio Acuerdo en su art. 126, estableciéndose ahí que tal período transitorio concluye el 31 de diciembre de 2020. Si tenemos en cuenta que la decisión que

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona.

1 Aunque también en otros estados miembros existe la figura u otras equivalentes, *vid.* FENTIMAN, R., “Anti-suit injunctions” en BASEDOW, J./RÜHL, G./FERRARI, F./DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of private international law*, Elgar, 2017, <https://doi-org.are.uab.cat/10.4337/9781782547235>, pp. 79-85, p. 80. Además, fuera ya de la UE, deberá determinarse qué efectos despliegan las *antisuit injunctions* que puedan adoptar los tribunales británicos (*vid.* CANALS VAQUER, R., “Las anti-suit injunctions en el escenario post-Brexit: estado de la cuestión”, *La Ley mediación y arbitraje*, 2023, núm. 16).

2 STJ (Sala Tercera) de 7 de septiembre de 2023, C-590/21, *Charles Taylor Adjusting Ltd, FD y Starlight Shipping Co., Overseas Marine Enterprises Inc.*, ECLI:EU:C:2023:633.

3 *Vid.* núms. 12 y 13 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard De La Tour, presentadas el 23 de marzo de 2023, ECLI:EU:C:2023:246.

4 Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, *DO*, núm. L 29 de 31 de enero de 2020. La última versión consolidada puede consultarse aquí: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02020W%2FTXT-20230704>.

comentamos del Tribunal de Luxemburgo se ha adoptado en el año 2023 y que va referida a un proceso iniciado en el año 2011, no es descabellado pensar que todavía en el año 2032 nos encontraremos con resoluciones del Tribunal de Luxemburgo referidas a decisiones adoptadas por tribunales británicos; si bien planteadas solamente por los estados miembros de la UE, pues los tribunales británicos dejaron de poder presentar estas cuestiones al concluir el período transitorio⁵.

Es probable, además, que surjan problemas variados en el futuro en relación a decisiones británicas, dado que se aprecia cierta tendencia por parte de esos tribunales a apartarse de lo que resultaría obligado de acuerdo con las exigencias derivadas de los instrumentos de la UE que aún deben aplicar como consecuencia de lo pactado en el Acuerdo de Retirada. Es relativamente reciente (en el momento de escribir estas líneas) la sentencia de la *High Court of Justice Business and Property of England and Wales Commercial Court* de 6 de octubre de 2023⁶, en la que, pese a lo indicado por el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 20 de junio de 2022⁷, interpretó que era posible denegar el reconocimiento en el Reino Unido de una sentencia española sobre la base de un laudo arbitral que había sido dictado en un supuesto en el que los tribunales británicos no hubieran tenido competencia para conocer de acuerdo con lo establecido en el Reglamento sobre competencia judicial (en el caso concreto, el Reglamento 44/2001, aplicable por razones temporales). Pese a que el Tribunal de Luxemburgo indicó que la resolución judicial en que se había transformado el laudo no podía impedir el reconocimiento de la sentencia española, ni por la vía de la previsión del art. 34.3 del Reglamento 44/2001 ni por la del apartado primero de ese mismo art. 34⁸, ese reconocimiento acabó siendo denegado con el argumento de que el Tribunal de Justicia se había referido únicamente a la imposibilidad de reconocimiento derivada de la sentencia que homologaba el auto arbitral, no del propio laudo arbitral⁹; un argumento que aparenta ser un mero formalismo orientado a dejar sin efecto la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de junio de 2022.

En la Sentencia que nos ocupa, nos encontramos con una resolución británica que concede una indemnización sobre la base de los perjuicios que ocasionaba a los demandantes un proceso iniciado en Grecia que, de acuerdo con el relato de los demandantes, se había planteado contraviniendo acuerdos de conciliación a los que habían llegado los demandantes en el Reino Unido (y demandados en Grecia) con quienes eran los demandantes en el proceso griego.

5 *Vid.* art. 86 del Acuerdo de Retirada (*Supra* n. anterior).

6 Puede consultarse aquí: <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/10/London-Steam-Ship-Owners-Mutual-Insurance-Association-v-Spain-judgment-060923.pdf>. *Vid* la nota sobre la sentencia de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. en *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, 7-X-2023, <https://fernandezrozas.com/2023/10/07/la-justicia-britanica-impide-a-espana-reclamar-a-la-aseguradora-del-prestige-mas-de-850-millones-en-danos-sentencia-high-court-of-justice-6-october-2023-london-steam-ship-owners/>.

7 STJ (Gran Sala) de 20 de junio de 2022, C-700/20, *Londos Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited y Kingdom of Spain*, ECLI:EU:C:2022:488.

8 *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Arbitraje y jurisdicción en el espacio judicial europeo. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2022, núm. 73, pp. 1043-1060, pp. 1052-1059, <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.73.09>.

9 *Vid.* núm. 291 de la Sentencia de la *High Court* de 6 de octubre de 2023.

Planteado el reconocimiento en Grecia de la decisión británica, y tras concederlo en primera instancia, ya en apelación se deniega con el argumento de que la resolución cuyo reconocimiento se pretende era una orden conminatoria que “casi” impedía el recurso ante los órganos jurisdiccionales, por lo que vulnerarían el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los preceptos equivalentes de la Constitución de Grecia¹⁰. Los actores en Inglaterra recurren en casación tal denegación del reconocimiento y el Tribunal Supremo griego, antes de pronunciarse sobre el recurso, solicita al Tribunal de Luxemburgo que se pronuncie sobre si cabría la denegación del reconocimiento y ejecución de decisiones como la adoptada por el tribunal inglés por vulneración del orden público de la Unión o del griego (arts 34.1 y 45.1 del Reglamento 44/2021)¹¹.

El Tribunal de Luxemburgo responde a la cuestión prejudicial afirmando que el reconocimiento de una decisión que incluye una medida que casi impide el recurso en un Estado diferente de aquel que dicta la resolución podría ser contrario al orden público por vulnerar el principio de confianza mutua, que es esencial en el espacio judicial europeo. De esta forma, el Tribunal de Luxemburgo extiende a decisiones equivalentes a las *anti-suit injunctions* la jurisprudencia en relación a éstas que, desde hace tiempo, las consideraba contrarias a las exigencias que se derivaban de los instrumentos sobre competencia judicial internacional en el ámbito europeo. Lo examinaremos en el siguiente apartado para, a continuación, detenernos mínimamente en las consecuencias que se derivan de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo en esta materia.

II. MEDIDAS ANTIPROCESO Y REGLAMENTO 1215/2012

Las medidas antiproceto (*antisuit injunctions*), propias del Derecho anglosajón¹², pero no tan diferentes de algunas figuras de otros ordenamientos¹³, implican una orden, dirigida a una persona, que prohíbe o condiciona el comienzo o la continuación de un proceso ante otro tribunal¹⁴. En caso de que no sea atendida dicha orden se pueden adoptar medidas sancionatorias contra el infractor que pueden incluir multas o, incluso, encarcelamiento¹⁵. Además, podría impedir el reconocimiento en el estado en el que se ha adoptado la *antisuit injunction* de una sentencia extranjera que fuera resultado del procedimiento afectado por la orden¹⁶.

No parece que se hubieran planteado excesivas dudas sobre la contradicción entre las obligaciones derivadas del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia

10 Vid. el núm. 17 de la STJ de 7 de septiembre de 2023.

11 Vid. núm. 19 de la Sentencia.

12 Vid. ELVIRA BENAYAS, M^a.J., “¿Existe alguna posibilidad, por pequeña que sea, de salvar lo nuestro? Las *antisuit injunction* y el Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 27 de abril de 2004 (C-159/02)”, *REEI*, 2005, núm. 9, <http://www.reei.org/index.php/revista/num9/notas/existe-alguna-posibilidad-pequeña-sea-salvar-lo-nuestro-antisuit-injunction-convenio-bruselas-proposito-stjce-27-abril-2004-c-15902>, pp. 1-2 y referencias allí contenidas.

13 Vid. REQUEJO ISIDRO, M., *Proceso en el extranjero y medidas antiproceto* (*antisuit injunctions*), Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000, pp. 95-133.

14 Cf. REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, p. 36.

15 *Ibidem*, pp. 77-80.

16 *Ibidem*, pp. 80-82.

judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil; y los instrumentos que lo han sucedido (Reglamento 44/2001 y Reglamento 1215/2012) y la emisión de *antisuit injunctions* en relación a estados vinculados por tales instrumentos y en supuestos que entran en su ámbito de aplicación material; incluso aunque la competencia venga determinada por el Derecho de origen interno del juez que se encuentra conociendo como consecuencia de la consideración de alguna de las remisiones que incluyen dichos instrumentos¹⁷. Pese a que la *antisuit* no se dirige formalmente a otro tribunal ni es, por tanto, ninguna limitación de la competencia judicial internacional de éste, condiciona al demandante, pudiendo privarle de un foro al que tendría derecho a acudir de no existir la mencionada medida. El hecho de que formalmente aún pueda presentar la demanda en él o continuar el procedimiento no cambia que las consecuencias negativas que se podrían derivar de dichas actuaciones como consecuencia de la medida antiproceso, convertirían en meramente ilusorio el recurso a los tribunales.

Esta posición doctrinal fue confirmada por el Tribunal de Luxemburgo, quien en la sentencia *Turner*¹⁸ indicó que era incompatible con el Convenio de Bruselas dictar una orden que prohíba a un litigante iniciar o continuar un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional de otro estado contratante. El argumento que utiliza el Tribunal de Luxemburgo para justificar la inadmisibilidad de este tipo de medidas es que supondrían un control de la competencia que ejerce el tribunal al que se refiere la orden, por parte de aquel otro que la emite¹⁹; lo que resultaría contrario al principio de confianza mutua entre los distintos sistemas jurisdiccionales de los estados miembros; principio que conduce a que, salvo en los casos en los que así se permita expresamente en los instrumentos europeos, sean los tribunales de cada estado los que determinen su propia competencia²⁰. Un control de competencia por parte de los órganos jurisdiccionales de otro estado no es admisible ni siquiera por vía indirecta²¹. En este sentido, es necesario recordar que la *antisuit injunction* no se dirige al órgano jurisdiccional extranjero (sería inútil, además, hacerlo así o, incluso, podría entenderse como una vulneración de la soberanía del estado del tribunal) sino al particular que podría litigar o que se encuentra litigando ante ese tribunal.

La doctrina del Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Turner* no es, como hemos visto, ninguna novedad respecto a lo que se había defendido doctrinalmente (la incompatibilidad de las *antisuit injunctions* con el Convenio de Bruselas); pero no deja de ser interesante, puesto

17 Así, por ejemplo, en el caso de que el demandado no esté domiciliado en un estado miembro del Reglamento 1215/2012 y no opere ninguna regla que excepcione lo previsto en el art. 6 de dicho instrumento. Así se había defendido ya durante la vigencia del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, pp. 180-181. *Ibidem*, p. 181, n. núm. 447 para las referencias a la doctrina que se mostraba abierta a la posibilidad de admitir las medidas antiproceso en el espacio europeo, incluso en casos que entrarían en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. También en el “Informe Schlosser”, en relación a la incorporación del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca al Convenio de Bruselas de 1968, se mantuvo que en el ámbito de aplicación del Convenio no podrían emitirse *antisuit injunctions*, *vid.* ELVIRA BENAYAS, M^a.J., *loc. cit.*, p. 22.

18 STJ (Pleno) de 27 de abril de 2004, C-159/02, *Gregory Paul Turner y Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd, Chagpoint SA*, ECLI:EU:C:2004:228.

19 *Vid.* núms. 26 y 27 de la sentencia *Turner*.

20 *Vid.* en este sentido los núms. 24 y 26 de la sentencia *Turner*.

21 *Vid.* núm. 28 de la sentencia *Turner*.

que implica que los tribunales de un estado miembro deberán tener en cuenta las previsiones del Convenio, pero no para aplicarlo (determinar su propia competencia), sino para impedir que de manera indirecta su decisión pueda incidir en el ejercicio de las competencias de otros estados²². Esta eficacia indirecta del Convenio de Bruselas (y posteriormente del Reglamento 44/2001 y en la actualidad del Reglamento 1215/2012) se vio ratificada por la sentencia *West Tankers*²³. En esta decisión, relativa a la prohibición de litigar solicitada a un tribunal británico respecto a un litigio en Italia sobre la base de un acuerdo de sometimiento a arbitraje en Londres; pese a que la determinación de la competencia del tribunal británico quedaba completamente al margen de lo establecido en el Reglamento 44/2001 (que era el instrumento aplicable por razones temporales), ya que, como se acaba de indicar, la orden se pedía en auxilio de un arbitraje, materia excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I²⁴; se acabó concluyendo que la adopción de la medida antiproceso era contraria a dicho Reglamento por afectar a la competencia del tribunal italiano, que sí venía determinada por el instrumento europeo²⁵. Se consagra de esta forma la prohibición de que los tribunales de los estados miembros adopten decisiones que puedan limitar la posibilidad de que los tribunales de otros estados miembros puedan conocer en asuntos que entren en el ámbito de aplicación del Convenio (o Reglamento) de Bruselas. Y lo anterior con independencia de que el proceso que pueda interferir con el que pudiera desarrollarse en otro estado miembro entre o no en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 o, en la actualidad, del Reglamento 1215/2012.

Se trata de una doctrina que convierte a los tribunales de los estados miembros en tutores de la competencia de los tribunales de otros estados miembros. O, más precisamente, de su función jurisdiccional²⁶. Llevado el razonamiento al extremo, resultaría que cualquier óbice procesal podría suponer una vulneración del Reglamento en materia de competencia judicial, pues estaría impidiendo la consecución de una decisión sobre el fondo²⁷, lo que limitaría el efecto útil del instrumento²⁸. Es más, si se sigue este acercamiento, deberían examinarse también los obstáculos fácticos para el acceso a la justicia²⁹.

La sentencia *Taylor* confirma este acercamiento, puesto que ya no se trata siquiera de una prohibición de litigar, sino de la condena al pago de una cantidad sobre la base de los costes que podría suponer el proceso abierto en Grecia. Aquí la afectación a la competencia es aún más accesoria que en *Turner* o *West Tankers*, ya que no estamos ante una orden dirigida al que

22 Para una crítica a la doctrina de la sentencia con la que coincido sustancialmente, *vid.* REQUEJO ISIDRO, M, en su nota a la sentencia, *REDI*, 2004, vol. LVI, núm. 2, pp. 855-860.

23 STJ (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, C-185/07, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Spa y West Tankers*, ECLI:EU:C:2009:69.

24 *Vid.* núm. 25 de la sentencia *West Tankers*: “Por consiguiente, un procedimiento como del caso de autos, que aboca a la adopción de una “anti-suit injunction”, no puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001”.

25 *Vid.* los núms. 26 a 28 de la sentencia *West Tankers*.

26 *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., *REDI*, *loc. cit.*, p. 857.

27 *Ibidem*, p. 858.

28 Sobre la relevancia del argumento relativo al efecto útil en *West Tankers* me remito a ARENAS GARCÍA, R., “La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias”, *Arbitraje*, 2009, vol. II, núm. 2, pp. 401-427, pp. 416-423.

29 *Ibidem*, p. 422.

podría demandar en otro estado y con el objeto de prohibir el inicio o continuación del procedimiento; sino del pago de los perjuicios causados por el procedimiento que se estaba desarrollando en Grecia. Seguramente de aquí la constante referencia en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo a que “casi” impide el recurso. En cualquier caso, finalmente, afirma que el tribunal británico no debería haber adoptado la resolución cuyo reconocimiento se solicita³⁰. La incorrección en la resolución británica, a su vez, conduce a que se encuentre justificada la denegación de su reconocimiento en Grecia, puesto que el tribunal inglés habría vulnerado un principio esencial en la cooperación judicial civil dentro de la UE: la prohibición de verificar la competencia de los tribunales de otros estados miembros³¹.

De esta forma, el Tribunal de Justicia confirma que el efecto útil del Reglamento 44/2001 conduce a que los tribunales de los estados miembros se abstengan de adoptar decisiones que puedan suponer una injerencia en la determinación que los tribunales de los otros estados puedan hacer de su propia competencia.

En relación a este último punto hay que indicar que el Tribunal de Luxemburgo parece ser consciente de que no resultaría razonable privar a los tribunales de los estados miembros de competencia para pronunciarse sobre cualquier extremo que pudiera dificultar el planteamiento de una acción judicial ante los tribunales de otro estado miembro, y por eso hace explícito que, a su juicio, el tribunal británico, al adoptar la orden, ha hecho un juicio sobre la competencia del tribunal griego³². Tal y como veremos en el siguiente epígrafe, esta es una indicación relevante.

III. CONFIANZA MUTUA Y COMPETENCIA/COMPETENCIA

El tratamiento que hace el Tribunal de Luxemburgo de las medidas antiproceso y ahora, también de aquellas decisiones que no son formalmente *antisuit injunctions*, pero que realizan una función parecida, nos habla de las dificultades que plantea el proceso de integración europea y, en concreto, de las que se derivan de la proyección del principio de confianza mutua sobre una pluralidad de jurisdicciones.

Para abordar ese problema debemos comenzar por señalar que no es extravagante solicitar una compensación por los daños económicos derivados de la vulneración de un acuerdo de elección de tribunal o, como en el caso concreto, de un acuerdo de conciliación que suponía la renuncia a plantear nuevas acciones judiciales en relación a los temas que habían sido objeto del mencionado acuerdo. El Tribunal Supremo español, por ejemplo, estableció que los acuerdos de elección de tribunal no tenían solamente una dimensión procesal, sino también sustantiva, de tal manera que si se incumplían podía solicitarse una indemnización³³. En principio, además, no resulta irrazonable que sean los tribunales designados por la cláusula de elección de tribunal los que se pronuncien sobre esa indemnización³⁴.

30 *Vid.* núm. 28 de la sentencia *Taylor*.

31 *Vid.* núms. 38 y 39 de la sentencia *Taylor*.

32 *Vid.* núm. 26 de la sentencia *Taylor*.

33 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de enero de 2009, ECLI:ES:TS:2009:263.

34 Eso fue lo que pasó en la sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de enero de 2009 (*vid.* n. anterior).

La proyección de esta idea sobre el caso que nos ocupa, apoyaría que no es completamente ilegítimo que el tribunal británico se pronuncie sobre los posibles costes que pudiera tener para el demandante en el Reino Unido el proceso en el que figura como demandado en Grecia. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina que hemos visto del Tribunal de Luxemburgo, esa posibilidad se encuentra vedada en el ámbito europeo en tanto en cuanto supone pronunciarse, aunque sea indirectamente, sobre la competencia de los tribunales de otro estado miembro. De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, el principio de confianza mutua sobre el que descansa la cooperación judicial en materia civil, exige que sea solamente el tribunal de cada estado el que juzgue sobre su competencia, debiendo abstenerse el resto de cualquier pronunciamiento que pudiera implicar valoración de la misma.

Casi podríamos decir que del principio de confianza mutua se pasa al de desconfianza mutua, pues cada tribunal asume de manera exclusiva y excluyente la competencia para determinar si puede conocer de un determinado litigio³⁵, sin que sea admisible ninguna injerencia, ni tan solo indirecta, en esta determinación. Esta atribución en exclusiva de la competencia/competencia a cada órgano jurisdiccional, que el Tribunal de Luxemburgo deduce de los principios estructurales de la cooperación judicial civil, pero que no tiene reflejo positivo en ninguna norma ni de los reglamentos de cooperación ni del derecho europeo originario va, incluso, más allá, puesto que, como ya se ha indicado, incide en cuestiones que estrictamente no son competenciales, pero que podrían tener incidencia indirecta en la posibilidad de que el tribunal se pronuncie. De esta forma, la doctrina del Tribunal de Luxemburgo carga a los tribunales de los estados miembros con la obligación de, incluso cuando adopten medidas que no están cubiertas por los instrumentos europeos, velar para que la medida adoptada no perjudique la posibilidad de que los tribunales de otro estado miembro pudieran llegar a conocer y pronunciarse en un asunto en el que gozaran de competencia de acuerdo con un instrumento de la UE.

Si se me permite la licencia, nos encontramos ante una situación que nos recuerda lo que cuenta el Génesis sobre el interrogatorio que sufre Caín cuando se le pregunta por su hermano Abel, a lo que el primero responde si acaso es el guardián de su hermano³⁶. Los tribunales de la UE podrán ser interrogados de igual forma por la doctrina del Tribunal de Luxemburgo en aquellos casos en los que los tribunales de otros estados miembros se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por los primeros. El encogerse de hombros como Caín no será suficiente en aquellos casos en los que se den cumulativamente dos requisitos: en primer lugar, que la competencia del tribunal afectado se basara en un instrumento de la UE y, en segundo término, que la decisión que hubiera sido adoptada implicara algún tipo de verificación de la competencia (en sentido amplio) ejercida por el mencionado tribunal.

35 Así se apuntaba ya en la sentencia *West Tankers*, donde se indicaba que la competencia del tribunal italiano para decidir sobre la validez de la cláusula arbitral de sometimiento a Londres era “exclusiva” (núm. 27 de la sentencia); lo que solamente tiene sentido si se conecta con esta pretendida exclusividad de cada tribunal para pronunciarse sobre su propia competencia; de tal manera que no sería tanto la determinación de la validez de la eficacia de la cláusula arbitral, sino de la incidencia que tendría ésta en la competencia del tribunal italiano, pues, obviamente, ninguna competencia exclusiva sobre la validez de las cláusulas compromisorias puede derivarse del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, del Reglamento 44/2001 o del Reglamento 1215/2012, pues en todos estos instrumentos se excluye la materia arbitral

36 *Génesis*, 4,9.

Si se dan estos dos requisitos, Caín (el tribunal que hubiera adoptado la medida) podría verse obligado a asumir que su actuación era incorrecta; y en el caso de los tribunales británicos y su reiterado recurso a las medidas antiproceso en relación a tribunales de estados miembros de la UE³⁷, quizás no esté de más recordar cómo concluye la historia de Caín³⁸.

IV. CONCLUSIÓN

La sentencia *Taylor* profundiza en la línea que habían abierto *Turner* y *West Tankers*. Si en *West Tankers* se dio el paso de extender la doctrina de *Turner* sobre *antisuit injunctions* a casos en los que las medidas antiproceso habían sido dictadas en auxilio de un arbitraje, en *Taylor* se extiende la doctrina a decisiones que tan solo de una manera indirecta dificultan la continuación de un proceso en el extranjero. A diferencia de los casos anteriores, sin embargo, el tema no se plantea en el momento de la adopción de la medida, sino en el de ser reconocida en otro estado miembro.

El Tribunal de Justicia mantiene y extiende la idea de que la competencia de cada tribunal para pronunciarse sobre su propia competencia internacional es exclusiva y excluyente; justificando esta “competencia/competencia” en el principio de confianza mutua y añadiendo así un elemento esencial a la construcción de la cooperación judicial en la UE.

37 *Vid.* CANALS VAQUER, R., *loc. cit.*

38 *Génesis*, 4,14.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, DOBLE PATERNIDAD Y RELACIÓN FAMILIAR COMO ALLEGADOS EN UNA SITUACIÓN INTERNACIONAL (STS, SALA DE LO CIVIL, N° 1958/2023, DE 16 DE MAYO DE 2023)

PILAR JIMÉNEZ BLANCO*

I. HECHOS

El asunto resuelto por el TS, aparte de ser conocido por lo mediático de sus protagonistas (lo que, lógicamente, no se evidencia en la sentencia publicada por la utilización de seudónimos) incluye todos los ingredientes que hacen de la filiación uno de los ámbitos en los que mayores retos jurídicos se plantean en la actualidad: dos varones que conforman una pareja de hecho; cada uno de ellos logra la paternidad de dos hijos a través de sendos contratos de gestación por sustitución pero con aportación de material biológico propio. Después de una convivencia durante años en Panamá, la pareja se rompe y mientras uno de ellos se muda a Méjico con sus hijos, el otro se traslada a España con los suyos. Será este último el que plantee la demanda ante un juzgado de Madrid ejercitando, de manera principal, una doble acción de paternidad basada en la posesión de estado y, de manera subsidiaria, una acción de responsabilidad parental consistente en un régimen de relación y de visitas con la finalidad de que los cuatro menores conserven relación entre ellos en su condición de allegados.

En primera instancia, se desestimaron las pretensiones principales de filiación formuladas por el demandante y se estimó la subsidiaria de establecimiento de un régimen de relaciones de los hijos entre sí y con sus padres respectivos, sentencia que fue confirmada en apelación.

Se interpone entonces un recurso extraordinario por infracción procesal y también uno de casación, ambos rechazados. El objeto central era una supuesta infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la posesión de estado como título para el establecimiento de la filiación y la vulneración del principio del interés superior del menor, recogido en el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño y en nuestra normativa interna, por no mantener el núcleo familiar.

En este comentario, nos vamos a limitar a analizar aquellos aspectos que involucran al Derecho internacional privado y que son tratados de manera muy accesoria en la sentencia. El análisis va a seguir el mismo orden de las cuestiones planteadas: en primer lugar, la competencia

* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo. El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

y la ley aplicable para el establecimiento de la filiación; posteriormente, la valoración de los mismos aspectos en relación con la demanda de responsabilidad parental.

II. CUESTIONES PREVIAS: LA EFICACIA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA RESIDENCIA HABITUAL DEL DEMANDADO

Debemos comenzar por la cuestión previa de la gestación por sustitución que subyace en todo el proceso. El TS, reiterando su propia doctrina, manifiesta su contravención con el orden público español, pero no le queda más remedio en este caso que hacer valer su efecto atenuado. En el litigio de base, no está en juego la eventual nulidad del contrato de gestación sino su eficacia indirecta, que sirve de fundamento a la reclamación de paternidad por la pareja del progenitor comitente biológico que figura inscrito como tal en el Registro civil.

Podría decirse que incluso el TS da un paso más allá, no pedido, en este supuesto: admite que si en el Estado de origen, del nacimiento de los menores, se hubiera obtenido un certificado y/o una resolución judicial que declarara la doble paternidad se hubiera podido lograr la inscripción en el Registro civil como hijos de los comitentes y todo ello con base en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 “a pesar de su dudoso valor normativo y su manifiesta contradicción con la jurisprudencia de esta sala” (*sic*). Es decir, evidencia lo que es sabido: ni la nulidad del contrato prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ni la jurisprudencia del TS considerando la eficacia de tales contratos contraria a nuestro orden público, hubieran frenado una inscripción que sigue produciéndose en la práctica a pesar de no tener soporte en nuestro marco normativo y jurisprudencial¹.

Otro aspecto esencial para los aspectos que se van a examinar tiene que ver con la determinación de la residencia habitual de los menores. De los antecedentes se deriva que, inicialmente, la convivencia de ambos progenitores y sus hijos se desarrolló en Panamá, hasta el momento de la ruptura en el que uno de ellos se trasladó a Méjico y el otro a Valencia, también con sus respectivos hijos.

Teniendo esto en cuenta, no convence el planteamiento del TS en el Fundamento de Derecho 6.2, que pretende justificar la residencia en España del demandado basándose en hechos circunstanciales, a saber: que no consta que la estancia de los hijos del demandado en el extranjero sea con vocación de permanencia, que durante las vacaciones vienen a España y que en la demanda se ha señalado como domicilio del demandado, con quien conviven, un domicilio en

1 Las cifras indican que cada año se registran un número significativo de filiaciones obtenidas por esta vía. No existen estadísticas oficiales, pero sí ha logrado obtenerse el dato del Ministerio de Asuntos Exteriores, a través de Portal de Transparencia, que refiere la recepción en los consulados españoles, entre 2010 y 2020, de 2.856 solicitudes de inscripción de menores nacidos por este tipo de contratos; de ellas, se han hecho efectivas 2.515, es decir, casi un 90%. Y todo ello, sin perjuicio, de la inscripción de gestaciones encubiertas por resoluciones de adopción dictadas en el Estado de origen. *Vid.* estos datos en TREJO PULIDO, A., *En el nombre de padre: explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos*, Common Creatives, 2021, pp. 27 y ss. (disponible *online*).

nuestro país. No compartimos ninguno de estos indicios como reveladores de una residencia en España. Más bien al contrario, las circunstancias fácticas revelan una residencia habitual del demandado en el extranjero, siendo además un dato notorio en los medios de comunicación.

III. LA ACCIÓN DE DOBLE PATERNIDAD Y LA DEMANDA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE

Respecto a la doble acción de paternidad, el TS no cuestiona en ningún punto la competencia judicial internacional para conocer de las demandas de filiación. Es evidente que tal competencia ha de determinarse conforme al Derecho autónomo y, en concreto, con base en el art. 22 quáter, d) LOPJ, cuya redacción vigente —aunque errónea en su génesis— conduce claramente a la competencia de nuestros tribunales al margen de la residencia habitual de los menores; sería suficiente a estos efectos la nacionalidad “o” la residencia habitual del demandante, siendo claro que ambas condiciones se cumplirían en el presente caso, dado que el demandante es nacional español y tiene, en el momento de la demanda, su residencia en Valencia. Sería suficiente, a estos efectos, acreditar aquí su residencia actual; a pesar de la confusa literalidad del precepto, no haría falta probar su residencia en los seis meses anteriores. La eventual exorbitancia de nuestro foro de competencia podría tener consecuencia con vistas al reconocimiento de la decisión en otro Estado, particularmente cuando tuviera que hacerse valer en Méjico, pero sería irrelevante a los efectos de la inscripción de la filiación en nuestro Registro civil.

Respecto de la demanda de paternidad de los hijos del demandante, residentes en Valencia, la aplicación del foro de la residencia habitual del menor del citado art. 22 quáter d) LOPJ no tendría ninguna tacha de exorbitancia en ese caso.

En todo caso, la competencia de los tribunales españoles para ambas acciones de paternidad también podría justificarse sobre la base de una sumisión tácita del art. 22 quáter d) LOPJ, dado que el demandado compareció, no interpuso la declinatoria y consta su contestación sobre el fondo. Aunque son conocidas las reticencias a la sumisión en el ámbito del Derecho de la familia, los riesgos e inconvenientes que podrían predicarse de la sumisión expresa no son trasladables a una eventual sumisión tácita en ese sector².

Desde la perspectiva de la ley aplicable, el TS da por hecha la aplicación de la ley española con base en el art. 9.4 C.c. considerando la residencia de los menores en España. Como se ha indicado, los datos existentes conducen a fijar la residencia de los hijos del demandante en España, pero la de los hijos del demandado en el extranjero, con traslado además de un país a otro.

En este contexto, la acción de paternidad reclamada para los hijos del demandante podría conducir a la aplicación de la ley española que debe resolver tanto el fondo de la filiación como

2 JIMÉNEZ BLANCO, P., “Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia”, en Esplugues Mota, C. y Guzmán Zapater, M. (dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 51 y ss.

la legitimación para ejercitar la acción por parte del demandante. Recordemos que lo que se pretendía era que se declarase la paternidad del demandado con base en la posesión de estado prevista en el art. 131 del Código civil.

La segunda demanda de paternidad podría llevar a la aplicación de un Derecho extranjero, pero cabe preguntarse cuál. En efecto, tal y como se ha indicado, consta una residencia inicial conjunta en Panamá y una residencia actual en Méjico. La conexión del art. 9.4 C.c. pretende evitar el conflicto móvil con su anclaje “en el momento del establecimiento de la filiación”, pero dicho inciso no solo plantea numerosas dudas interpretativas, sino que, además, según se interprete, resulta poco efectivo para evitar el conflicto móvil.

Las dudas versan sobre la identificación del “momento del establecimiento de la filiación”³, porque este criterio puede entenderse de maneras diversas: puede ser desde el momento del nacimiento, el momento en el que se entiende consolidada la filiación o el momento de la interposición de la demanda. Parte de la doctrina⁴, considera precisamente la demanda como la fecha crítica relevante. No me parece que los argumentos a favor de esta fecha sean concluyentes. Por una parte, se intenta hacer valer el paralelismo con el foro de competencia, también basado en la residencia habitual del menor. Tal paralelismo no es necesario, dado que, mientras en el sector de la competencia, es preceptivo que los hechos o circunstancias se refieran al momento inicial del proceso (art. 22 octies 2 LOPJ así nos lo recuerda) no ocurre necesariamente lo mismo en el sector del Derecho aplicable, máxime cuando la determinación de la filiación no siempre va a depender de una reclamación judicial de la filiación. Quedarían fuera, por ejemplo, los supuestos de reconocimiento de la filiación ante el encargado del registro o notario (a menos que se siguiera una interpretación analógica). Por otra parte, se argumenta el paralelismo con la fijación temporal del punto de conexión para el divorcio y la separación judicial, que el art. 8 de Roma III lleva al momento de la demanda. Esto tampoco es determinante y el paralelismo es dudoso: el divorcio y separación judicial son, por definición, judiciales. Cabe entender, más bien, que la seguridad jurídica y la estabilidad requeridas para los actos del estado civil justificarían estar al momento del nacimiento.

Esto enlaza con el segundo aspecto que anticipamos: si la fijación del momento temporal pretende evitar la problemática del conflicto móvil, tal finalidad se frustraría si

hiciéramos depender la conexión del momento de la demanda. Las demandas se pueden interponer en diferentes momentos y con diferentes residencias habituales de las personas cuya filiación pretende establecerse. El *forum shopping* estaría servido; y la inseguridad jurídica también. Recuérdese la movilidad internacional de los menores en el presente caso. La conexión fijada en el momento del nacimiento se convertiría realmente en inmutable y será ese Derecho reclamado el que determine los diferentes títulos aptos para establecer la filiación. De

3 Véanse las diferentes posibilidades en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2020, pp. 91 y ss.

4 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1863; Adam Muñoz, M.D., “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 8-2, 2016, pp. 34-54, esp. p. 42.

este modo, se evita además cualquier alteración —fraudulenta o no— en el Derecho aplicable que pudiera justificar una atribución o revocación de la filiación inicialmente no posible.

Cabe, en todo caso, retener la orientación material del precepto que salta de conexiones en la búsqueda de un ordenamiento que establezca dicha filiación. El supuesto habitual es que la filiación esté establecida en relación con uno de los progenitores: el progenitor gestante. En este caso, la filiación inscrita es la del padre intencional, dada la evidencia de que medió un contrato de gestación por sustitución. Por lo tanto, en la práctica, la orientación material funcionará generalmente para el establecimiento de la filiación respecto del segundo progenitor.

En el presente supuesto, de no admitirse la fijación de la residencia habitual en el momento del nacimiento, la modificación de circunstancias podría conducirnos al Derecho panameño (residencia inicial y donde se produjo la convivencia sobre la que pretende sustentarse la posesión de estado) o al Derecho mejicano (residencia actual). La aplicación del Derecho panameño tendría vocación de ser aplicado considerando el momento en el que ese vínculo pudo establecerse: la convivencia se desarrolló en Panamá, por tanto, es esa ley la que, en su caso, tendría que decir algo sobre si vivieron allí como “hijos” del demandante. Desestimada la pretensión, sí podría pasarse al Derecho español considerando la nacionalidad española de los menores.

Sobre el fondo, el TS rechaza la posesión de estado como título de filiación porque el carácter intencional en la misma quedaría desvirtuado por haber tenido el demandante posibilidades de establecer la filiación por otras vías: a la indicada posibilidad de inclusión en el certificado emitido por el Estado de origen de nacimiento, se sumaría la posibilidad de adopción de los hijos de la pareja. No solo no se siguió ninguna de estas vías, sino que parece acreditado que ya desde el año 2016 existe una ruptura de la convivencia familiar.

Como he indicado, no procede entrar aquí en las condiciones y requisitos de la posesión de estado como título de filiación, pero sí subrayar el interés en este título para quien pretende reclamar la filiación en una situación de controversia con el progenitor ya inscrito. En efecto, frente a la vía de la adopción de los hijos de la pareja o del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del art. 120 C.c., la filiación por posesión de estado no requeriría contar con el asentimiento del otro progenitor. No es casualidad, por tanto, su invocación en este caso. Como tampoco fue casual en el asunto resuelto por la SAP de Asturias (sección 4ª) de 24 de julio de 2018⁵, en el que el cónyuge del padre intencional, cuya filiación había sido inscrita y quien se opuso a la adopción del niño por su cónyuge pretendía el establecimiento de la filiación a su favor sobre la base en una posesión de estado, también rechazada en aquel caso por falta de convivencia.

En todo caso, es importante la llamada de atención que realiza el TS de no proceder a la equiparación entre la protección del interés superior del menor y el establecimiento automático de la filiación por este motivo. Ciertamente, la protección del menor puede y ha de obtenerse por otras vías que no fuercen —aun más— la institución de la filiación. La reciente jurisprudencia del TEDH sobre los vínculos derivados de un contrato de gestación por sustitución es elocuente en ese sentido. La protección de una relación de familia, y el derecho a la vida familiar del

5 ECLI: ES:APO:2018:987A

art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, parte de una concepción más amplia que no requiere tergiversar el sentido y contenido de la filiación. La eficacia (indirecta y mediata) de los contratos de gestación por sustitución al amparo de la vida familiar no obliga a que el Estado de acogida prevea el establecimiento de un vínculo de filiación entre niño y los comitentes; es suficiente, a estos efectos, poder mantener la relación familiar de hecho (entiéndase con convivencia y permanencia del niño con los comitentes) que se ha venido consolidando durante los años transcurridos desde el nacimiento del niño. Así se indica expresamente en la STEDH en el asunto *Vladís Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia*⁶; pero ya se derivaba también de la jurisprudencia anterior en los asuntos *Labassee*⁷ y *Mennesson*⁸. No puede invocarse el derecho a la vida familiar para exigir el reconocimiento legal de la gestación por sustitución en el Estado de acogida si este otorga efectos y protección a la relación constituida entre el menor y los “padres intencionales” aunque sea por una vía distinta y alternativa a la filiación pero que garantice la responsabilidad parental de aquellos.

En este contexto, y en relación con nuestro caso, una vez establecida la filiación inicial, que permite el derecho a la identidad del menor, indica el TS que el interés superior de este no requiere una orientación material para establecer la filiación respecto de un segundo progenitor. La cuestión es interesante a la hora de valorar —y cuestionar— la propia orientación material de nuestro art. 9.4 C.c.⁹

Subsidiariamente, el demandante había solicitado mantener un derecho de relación con los hijos del demandado que permitiera mantener contacto entre todos los menores en su condición de allegados. Para esta petición de responsabilidad parental, el TS tampoco analiza ni la competencia de nuestros tribunales ni la ley aplicable.

Para la determinación de la competencia judicial, vuelve a ser relevante identificar la residencia habitual de los hijos del demandado y, en este caso, claramente la fecha crítica es el momento de la presentación de la demanda. Por tanto, dicha residencia debería haberse entendido fijada en Méjico, aunque a estos efectos, habría dado lo mismo que fuera Panamá, dado que ninguno de los dos Estados es parte del Convenio de La Haya de 1996.

El examen inicial de la competencia hubiera requerido verificar el cumplimiento de algún foro de Bruselas II bis (aplicable por razones temporales). La única opción pasaría en este caso por la prórroga de la competencia del art. 12. Valorable sería en este contexto la comparecencia del demandado y sus alegaciones de fondo que habría que ver si es interpretable como “aceptación inequívoca” de la competencia de los tribunales españoles, que tendrían vinculación estrecha con el caso por la nacionalidad española de los menores, pero que hubiera requerido una valoración judicial específica sobre el ejercicio de esta competencia “en interés del menor”.

De no considerar esa prórroga, las opciones pasarían nuevamente por el art. art. 22 quáter d) LOPJ, vía art. 14 de Bruselas II bis, dado que el Convenio de La Haya de 1996 no sería apli-

6 ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217

7 ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111

8 ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211

9 *Vid.* esta perspectiva crítica en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*

cable. No sería descartable tampoco valorar en este contexto la sumisión tácita del art. 22 bis LOPJ, en los términos indicados anteriormente.

8. Una aplicación directa del foro del demandante del art. 22 quáter d) LOPJ plantearía la dificultad adicional en la determinación de la ley aplicable conforme al art. 15 del Convenio de La Haya de 1996, dada su falta de equivalencia con los foros del Convenio. Ciertamente, la aplicación del Derecho del foro está pensando en la competencia general de la residencia habitual del menor. Quebrado este presupuesto con un criterio sin referente homólogo en el Convenio, la aplicación del Derecho del foro devendría injustificable. No obstante, la cláusula de excepción del art. 15.2 permite, en interés del menor, buscar un Derecho más vinculado con el mismo. Desde esta perspectiva, ante la invocación de un derecho de relación y visita basada en una convivencia continuada en régimen “familiar” podría justificarse la aplicación del Derecho panameño, Estado en el que dicha convivencia se desarrolló.

IV. VALORACIÓN FINAL

9. En todo caso, la solución de fondo alcanzada, sobre el mantenimiento de un derecho de relación y de comunicación entre los menores basándose en su condición de “allegados” parece razonable y justificada desde la perspectiva del interés superior del menor. De este modo, se logra una protección de una relación familiar de hecho sin tener que forzar y alterar la configuración de la filiación. Quedan en este ámbito, no obstante, pendientes nuevos retos en un momento en el que la determinación de la filiación —tradicionalmente denominada biológica o por naturaleza— ya no depende exclusivamente del componente genético sino también del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los aspirantes a progenitores.

ASIGNACIÓN DE SEXO LEGAL INDETERMINADO: STJ DE ANDALUCÍA (SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 4ª) NÚM. 83/2023, DE 23 DE ENERO

PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS*

I. HECHOS

En octubre de 2017 el Tribunal Constitucional alemán estimó el recurso presentado por una persona intersexual (o intersex) registrada como mujer al nacer, y que, por no percibirse como tal, pero tampoco como hombre, había solicitado en todas las instancias previas (autoridades registrales, juzgados y tribunales) que en la mención de su sexo legal constara “inter/diverso” o “diverso”¹. El Tribunal consideró que para las personas intersexuales, que por definición no se acomodan a las características de ninguno de los dos sexos que incluye el sistema binario (hombre/mujer), la asignación con arreglo a este sistema vulnera los derechos garantizados por el art. 2.1 (libre desarrollo de la personalidad) en relación con el art. 1.1 (dignidad humana) y el art. 3.3 (no discriminación por razón de sexo), todos ellos de la Constitución alemana. En consecuencia, conminó al legislador a que, con fecha tope de 31 de diciembre de 2018, modificara la normativa interna, a fin de introducir una tercera opción. El 1 de enero de 2019 entraba en vigor la correspondiente reforma², que permite que las personas intersexuales consten con sexo/género “diverso” en el Registro civil alemán, y que cualquier persona cuyo sexo se ha asignado conforme al sistema binario transicione a esta tercera opción, si se auto-percibe como no binaria (sea o no intersexual).

No debe extrañar, pues, que haya sido una persona alemana (residente en Sevilla) la que haya conseguido —a mi conocimiento por vez primera— que un tribunal español declare que las autoridades españolas pueden estar obligadas, en situaciones como la suya, a trascender el sistema binario en el que aún permanece estancada la normativa española. Sabemos que esa persona se llama Andrea Speck³, y que llevaba batallando desde hacía tiempo para conseguir que su sexo legal fuera reconocido en España como “X”, tal y como consta en su pasaporte alemán, o como “indeterminado”: igual da si es por ser intersexual o porque no conforma, por la razón que sea, con el género femenino ni con el masculino. Lo consiguió primero en el ámbito sanitario: la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía accedió a cambiar la mención de “hombre” a “indeterminado” en la base de datos de usuarios del Sistema

* Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

1 Sentencia de 10 de octubre de 2017, *Bundesverfassungsgericht* 1 BvR 2019/16.

2 *Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben*, de 18 de diciembre de 2018, *Bundesgesetzblatt* I 2018, núm. 48, de 21 de diciembre de 2018 (www.bgbl.de).

3 Porque son muchos los medios de comunicación que se hicieron eco de la noticia. Así, por ejemplo, *El Salto*: <https://www.elsaltodiario.com/lgtbiq/andrea-speck-persona-no-binaria-alemania-brecha-identidad-espana>

Sanitario Público de Andalucía. Pero la Dirección General de la Policía denegó su solicitud de rectificación de la mención del sexo en el Registro Central de Extranjeros, por lo que, a través de los correspondientes recursos, el asunto escaló hasta el TSJ de Andalucía. La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de Sevilla, por Sentencia 82/2023 de 23 de enero⁴ estima su recurso, ordenando que, en lugar de “hombre”, conste “indeterminado, X o expresión equivalente”.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La cuestión que se plantean las diversas instancias es la obligación (o no) de reconocer la asignación o reasignación del sexo legal operada con arreglo a la ley de otro Estado, cuando esa ley contempla una opción que el Derecho español desconoce. Y en esta cuestión subyacen dos problemas: uno es que el ordenamiento español siga anclado en el sistema binario, que no garantiza los derechos de todas las personas *trans*, ni de todas las personas intersexuales, a pesar de que se haya reformado recientemente precisamente con esta finalidad; y el otro es que con esta reforma normativa, además, no se han introducido normas relativas a las situaciones privadas internacionales.

La reciente Ley 4/2023 o Ley *trans*⁵ consolida el sistema binario, desperdiciando con ello, a sabiendas⁶, la oportunidad de atender debidamente a dos realidades. La primera es que las personas intersexuales en el momento de su nacimiento no se acomodan al binarismo; y aunque es cierto que para ellas (si nacen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley *trans*) se ha dispuesto por vez primera en nuestro sistema una solución específica en lo relativo a la mención legal del sexo en el Registro civil, esta solución carece de sentido. El art. 74.2 Ley 4/2023 prevé la posibilidad de que la asignación no se realice durante el primer año de vida si las/os dos progenitoras/es están de acuerdo; pero más allá de que no se prevea qué ocurre si no hay acuerdo⁷, transcurrido ese año, en el que no se sabe qué habrá cambiado para asignar conforme al sistema binario, la asignación será obligatoria (art. 49.5 LRC)⁸, y no cabrá como

4 ECLI:ES:TSJAND:2023:792.

5 Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, *BOE* núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

6 La Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea el 2 de marzo de 2018 (*BOCG* núm. 220.1 de 2 de marzo de 2018) proponía recoger una tercera categoría de género.

7 Conforme a la normativa vigente cabría instar un expediente de jurisdicción voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 86 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (*BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015, en adelante *LJV*) y que sea un Juzgado el que determine cuál de los progenitores decide. Pero el hecho de que la posible mención en blanco solo dure un año deja sin sentido práctico esta opción, pues cabe pensar que, de no haber acuerdo inicial, será asignado un sexo (tampoco se hace ninguna indicación de criterios para determinar cuál) mientras se sustancia el procedimiento. Y este procedimiento no llevará menos de medio año, siendo optimistas.

8 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, *BOE* núm. 175, de 22 de julio de 2011. El apartado 5º del art. 49 ha sido introducido por disp. final undécima de la Ley *trans*.

sexo nada diferente que “mujer” o “varón”⁹. Ciertamente es que esta solución atiende al reparo de que la no asignación o la asignación a un tercer sexo/género puede ser estigmatizante, pero precisamente el reconocimiento legal de esta tercera opción podía constituir un paso importante para visibilizar y reconocer lo natural de esta realidad, y para que, en este sentido, vaya desprendiéndose de ese posible estigma. El resultado de no acoger una tercera opción es que, frente a lo que el propio título de la Ley indica, ni se garantizan los derechos de (todas) las personas LGTBI, al menos en lo tocante a la I de intersexual, ni se ampara la igualdad efectiva de (todas) las personas trans. Porque la segunda realidad que la Ley desconoce es que hay personas que pueden precisar una reasignación a un “tercer sexo/género”: tanto las intersex a las que ha asignado ya un sexo diferente al de “indeterminado”, cuando es éste el género con el que se identifican, como ocurre en el asunto alemán antes indicado¹⁰, sino también las personas no binarias y las de género fluido que a fecha actual constan como “hombre” o como “mujer”, y que, de ser posible, transicionarían a una opción no binaria.

Y no solo es de lamentar que se haya desaprovechado lo propicio del momento histórico actual, en el que varios países de nuestro entorno han introducido el “tercer género”¹¹, sino que, en atención a esta realidad, esto es, al hecho de que en otros ordenamientos las soluciones puedan diferir, no se hayan previsto normas específicas para las situaciones internacionales. Porque aunque la ley no haya contemplado qué ocurre en situaciones internacionales, como bien muestra el asunto de Andrea Speck, esas situaciones se presentan. Y para resolverlas, contamos, a falta de soluciones especiales, con unas normas generales que no proporcionan respuestas adecuadas para casi ninguno de los problemas¹².

Centrándonos en el que se le presenta en particular al TSJ, éste fundamenta su decisión — estimar la solicitud de Speck de constar con sexo indeterminado— en un principio general: evitar la disparidad de datos personales (entre el país de la nacionalidad y España), a partir de la obligación de inscripción de la persona en un registro —que, advierte, no es el Registro civil—. Además, en una suerte de “a mayor abundamiento”, parece aplicar la norma de conflicto contenida en el art. 9.1 Cc, sin mencionarla en ningún momento, cuando advierte que esta solución comporta estar a la ley nacional de la persona interesada.

En la solución del TSJ podría parecer que la norma de conflicto es de aplicación opcional (“*si se quiere trasladar al ámbito del derecho internacional privado...*”). Pero lo cierto es que en este asunto, en puridad, no se plantea un problema de ley aplicable. No hay que aplicar una ley extranjera, sino, como más adelante se desarrolla, reconocer el valor probatorio que tiene

9 Que es como indica que deben registrarse las personas el aún vigente art. 170 del Reglamento del Registro Civil (Decreto de 14 de noviembre de 1958), *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

10 Y el austríaco que llevó al Tribunal Constitucional de Austria a dictar un pronunciamiento similar al alemán: Sentencia de 15 de junio de 2018 (No. G 77/2018, VfGH G 77/2018). En Francia una persona intersexual asignada como “varón” también solicitó su reconocimiento como “indeterminada”, pero se denegó este reconocimiento, y su negativa ha sido amparada por el TEDH en el asunto *Y. c Francia*, núm. 76888/17, TEDH 2023.

11 Además de Alemania y Austria, Malta, Países Bajos, Islandia, entre otros: más extensamente, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “La identidad de género en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. 76, 2 (2023), pp. 343-366, esp. pp. 348-349.

12 *Ibidem*.

el pasaporte extranjero para acreditar datos de identidad que se inscribirán en un registro administrativo, ciertamente, con arreglo a una ley extranjera. Ahora bien: interesa en este punto indicar que, frente a lo que parece afirmar el TSJ, si se tratase de inscribir en el Registro civil el nacimiento de la persona, con todos sus datos de identidad, incluido el sexo, la solución no debería ser diferente a la que propone para el Registro Central de Extranjeros. Porque en tal caso, el de la inscripción en el Registro civil, sí se aplicaría la norma de conflicto de forma obligada. Así, si Andrea Speck naciese mañana en territorio español y el equipo médico advirtiese que es intersex, por más que la ley española no haya abandonado el binarismo, en su inscripción en el Registro civil español debería constar que su sexo es “indeterminado”, porque el sexo en una mención de identidad para la que, en defecto de solución específica, habrá que aplicar la norma general dispuesta para el estatuto personal. Pero no solo habría que estar a la ley alemana porque es su ley nacional, y no cabe afirmar que contravenga el orden público, sino también porque los principios de libre circulación de personas y libre establecimiento y de no discriminación vigentes en la UE así lo exigirían. En atención a estos principios, de hecho, resultará obligado inscribir a personas extranjeras con la tercera categoría también si no la contempla la ley nacional, pero ha sido asignada como tal con arreglo a la ley del EM de su nacimiento y residencia habitual (por ejemplo, si Speck tuviese nacionalidad francesa, pero al nacer intersexual en Alemania y residir allí se le asigna el género indeterminado), e incluso si la persona, además de la nacionalidad del EM que contempla el tercer sexo, tiene también nacionalidad española (si Speck, en el momento de su nacimiento, es alemana y española)¹³.

Habrán, pues, personas que deberán ser inscritas en el Registro civil español con un sexo legal que no es “varón” ni “mujer”, sino esta tercera categoría: personas extranjeras, pero también españolas. Y, a mi entender, no solo las que impone el Derecho de la UE antes indicadas, sino también, en atención a ese principio invocado por el TSJ, el de evitar disparidades en los datos de identidad de la persona, las que tengan esa asignación con arreglo a otra ley (no necesariamente de otro EM) cuando adquieran la nacionalidad española. Pero nada de esto ha sido previsto por *Ley trans*: ni la posibilidad de que en el RC español se inscriban personas extranjeras con un tercer sexo o género indeterminado si así lo prevé su ley nacional o la del EM de su residencia y nacimiento (incluso siendo también españolas), ni para solucionar el conflicto móvil cuando personas extranjeras de género indeterminado con arreglo a la anterior ley nacional adquieren la nacionalidad española.

13 Aplicando de forma analógica la jurisprudencia derivada, respectivamente, de los asuntos *Grunkin-Paul* (STJCE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559) y *García Avello* (STJCE de 2 de octubre de 2003, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539): cf. *ibidem*, p. 352. Entiendo que estas resoluciones, con otras en materia de nombre y apellidos, son las que resultarían especialmente de aplicación en materia de asignación de sexo, por tratarse ambas (el sexo y el nombre y los apellidos) de menciones de identidad de la persona, y no elementos del estado civil. Cabe, no obstante, advertir que en materia de estado civil las libertades de circulación y establecimiento también imponen el reconocimiento de relaciones creadas al amparo de la ley de otro EM, como se ha puesto de relieve, por ejemplo, en los asuntos *Coman* (STJUE de 5 de junio de 2018, C-673/16, EU:C:2018:385) en relación con un matrimonio entre personas del mismo sexo y *V.M.A. y Stolichna obsthtia, rayon “Pancharevo”*, STJUE de 14 de diciembre de 2021, C-490, EU:C:2021:1008, en lo que respecta a la doble filiación materna.

Pero, como antes se apuntaba, en este asunto de lo que se trataba no era de asignar el sexo legal con arreglo a una determinada ley. Ni siquiera se trata, en puridad, de reconocer el cambio de sexo operado conforme a un Derecho extranjero¹⁴, pues no se trataba de modificar una inscripción en el Registro civil¹⁵, sino una mención de identidad recogida en un registro administrativo, cuyos datos se introducen y actualizan a partir de los que contienen documentos extranjeros: señaladamente el pasaporte. El pasaporte extranjero contiene los datos de identidad que se tienen en cuenta en materia de Extranjería. Salvo si se duda de la autenticidad del documento —y tras consultar al consulado correspondiente—, tales datos deben tenerse por acreditados¹⁶. Por tanto, si el sexo que consta en el pasaporte es “indeterminado”, el registro correspondiente debe adaptarse en consecuencia. Y a este respecto no debiera importar si se trata de una primera inscripción o de la actualización del dato. Porque del mismo modo que una modificación en el Registro Civil de Extranjeros de la nacionalidad se acreditaría con la mera presentación del pasaporte del nuevo Estado, y la autoridad española no se afanaría en comprobar si, en efecto, con arreglo a la ley reguladora de la nueva nacionalidad es esta la que le corresponde, si la mención legal del sexo ha cambiado, y este cambio se acredita a través del pasaporte, nada debería impedir reconocerlo y actualizar el dato en el registro administrativo español, sin más consideraciones.

III. CONCLUSIÓN

La Ley *trans* ha desaprovechado la oportunidad de regular la asignación o reasignación del sexo legal a una tercera categoría para personas intersexuales o de género no binario. Y quizás se deba a la complicación de afrontar la revisión normativa que precisa abandonar el binarismo sexual, pero ello comporta que, como se ha indicado, no se garanticen plenamente los derechos de todo el colectivo LGTBI, en lo referido a personas intersex y trans. Además, se entiende mal que el legislador haya obviado que el reconocimiento del tercer género ya se ha producido en otros países, y que el número de leyes que lo contemplan seguramente vaya

14 Pues Andrea Speck tuvo que tener una asignación conforme al sistema binario en el momento de su nacimiento, que cambiaría a raíz de la entrada en vigor de la reforma antes mencionada (nota 2).

15 Cuestión para la cual tampoco ha dispuesto normas la Ley *trans*. Aplicando las vigentes, en tal caso, como el cambio habrá operado con intervención de una autoridad extranjera, la inscripción de la correspondiente decisión obligaría a tramitar previamente el procedimiento de *exequatur* (art. 96.1 LRC) o a realizar un reconocimiento registral, verificando las condiciones establecidas al efecto (art. 96.2 LRC). Para el caso de que el cambio de sexo en el extranjero opere sin intervención de autoridad, probablemente no sea descabellado dar una solución basada en el art. 9.1 Cc, y que el reconocimiento se realice por remisión al ordenamiento jurídico competente, en este caso el de la nacionalidad. Quizás es lo que pretendía el TSJ. Pero de ser así, tampoco acertaría cuando obvia por completo la prueba que, a tal efecto, tendría que haber sido practicada en el marco del procedimiento, sobre el contenido y la vigencia de esa ley (art. 281.2º LEC, por remisión del art. 33 LCJIMC). Porque, si en el ámbito del Registro civil, el conocimiento de la autoridad del contenido de la ley extranjera aplicable le exime de la práctica de la prueba de esa ley, no ocurre lo mismo en el ámbito de un procedimiento: *vid.* al respecto FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Madrid, Civitas, 2022, p. 243.

16 A este respecto, y en relación con la edad, existe una jurisprudencia consolidada. Entre las resoluciones más recientes, Sents. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 535/2022 de 5 julio (ECLI:ES:TS:2022:2782) y núm. 796/2021, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4266).

umentando, por lo que habrá que dar respuestas a las solicitudes de reconocimiento de una reasignación, como también de asignación al “sexo indeterminado” con arreglo a leyes extranjeras. De hecho, ya ha ocurrido en el asunto sobre el que se pronuncia el TSJ de Andalucía.

En el caso en particular, el Tribunal acierta al acceder a la pretensión de una persona alemana que, conforme a su ley personal consiguió que se reconociera que no es ni mujer ni hombre, de modificar la mención al sexo legal que, con arreglo a la situación previa a esa transición, constaba en el Registro Central de Extranjeros. Como bien indica en la Sentencia, la mención que figura en la documentación oficial extendida por las autoridades de su nacionalidad es “sexo indeterminado”, por lo que es la que debe constar también así para las autoridades españolas. Los documentos y registros españoles deberán comenzar a contar con la correspondiente casilla de “x”, junto con las de “mujer” y “hombre”.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, (SECCIÓN 4ª), DE 3 DE MAYO DE 2023: A VUELTAS CON LA *PROFESSIO IURIS* ANTICIPADA

ALFONSO YBARRA BORES*

I. LOS ANTEDECENTES DEL CASO

En la sentencia de la AP de Málaga de 3 de mayo de 2023¹, la cual es objeto del presente comentario, se aborda el caso de una sucesión internacional de la cual van a resultar una serie de problemas derivados de un conflicto entre posibles herederos. La internacionalidad viene dada por los datos referidos a la persona del causante: en efecto, había nacido en Argelia, gozaba de nacionalidad canadiense, falleció en Dubái (Emiratos Árabes) el 17 de agosto de 2017 y tenía su residencia habitual en Torremolinos (Málaga) en el momento del óbito. Además, había otorgado testamento en dicha localidad el 24 de enero de 2011². En el litigio se enfrentaron los cuatros hijos de un primer matrimonio del causante, frente a los tres hijos de otro posterior.

Los primeros, al ser excluidos del testamento, formularon demanda ejercitando con carácter principal acción de nulidad de testamento por incurrir en defectos de forma y, de manera subsidiaria, de preterición no intencional y también intencional de heredero forzoso. Básicamente alegaban que el testamento adolecía de una serie de defectos, entre ellos, la no designación de la legislación aplicable, la no institución de heredero, la falta de distribución de la totalidad de los bienes, la institución de legado en favor de una hija del segundo matrimonio y la manifestación, no cierta, de conocer el causante el idioma español. Asimismo, alegaban la existencia de una preterición de todos los herederos no intencionada por error del testador, motivada por las limitaciones lingüísticas. Con fundamento en ello, se solicitaba una sentencia por la que se declarara, con carácter principal, la nulidad del testamento, declarando como únicos y universales herederos a los siete hijos del causante y, subsidiariamente, se solicitaba la declaración

* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+I: “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)”, código PID2019-106496RB-I00, Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i.

1 ECLI ECLI:ES:APMA:2023:680.

2 Se trataba de un testamento *simpliciter*, denostados por la DGSJFP, sin razón a nuestro entender, desde la resolución de la entonces DGRN de 15 de junio de 2016 (*BOE* núm. 175, de 21 de julio de 2016). Sobre los testamentos parciales véase RIPOLL SOLER, A., “Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*”, *Revista de Derecho Civil*, V. III, núm. 2, abril-junio 2016, pp. 44-47; CUEVAS DE ALDASORO, M. A., *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2018, p. 137-140 y CABANAS TREJO, R. y BALLESTER AZPITARTE L., “¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?”, *Diario La Ley*, nº 9061, 16 de octubre de 2017, pp. 10-12.

de herederos de los hijos no preteridos, la nulidad por preterición no intencionada y, subsidiaria de la anterior, la declaración de nulidad por preterición intencionada.

Los tres hijos del segundo matrimonio se opusieron a la demanda alegando no ser aplicable la Ley española por tener el causante nacionalidad canadiense y, habiendo sido otorgado el testamento con fecha anterior al Reglamento 650/2012³, el mismo era conforme a los requisitos de la *lex auctor*, que en la fecha de su otorgamiento impedía la elección de la ley sucesoria, esto es, la *professio iuris* (al igual que lo hacía la *lex del domicile* del testador). Además, alegaron que, de manera tácita, el testador había expresado su intención de que la Ley aplicable a la sucesión fuese la canadiense y que, no teniendo el testador contacto con los actores, hijos de su primer matrimonio, le llevó a preterirlos en el testamento, algo permitido por la Ley de Canadá. Y, en cuanto a las acciones subsidiarias, los demandados mantuvieron que, para el eventual supuesto de que fuese aplicable la Ley española, la preterición realizada por el testador fue del todo punto intencionada y, en cualquier caso, no conduciría a la nulidad del testamento, sino a respetar la legítima estricta.

Así las cosas, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Torremolinos consideró aplicable la Ley española, y ello en aplicación —erróneamente, como veremos— de las disposiciones transitorias del Reglamento 650/2012. Así, estimó parcialmente la demanda, no acogiendo la acción principal de petición de declaración de nulidad y declarando la existencia de una preterición intencional, reduciendo el legado a que se refería el testamento en la parte que perjudicase a la legítima de los demandantes. Disconformes las partes con la sentencia, ambas recurren en apelación a la AP de Málaga.

Al respecto, y para centrarnos en el núcleo del presente comentario, los tres motivos de apelación del recurso de los demandantes —por infracciones procesales— fueron desestimados dado que los recurrentes no habían solicitado previamente que las omisiones de pronunciamiento que fundamentaban sus motivos hubiesen sido completadas conforme posibilita el artículo 215.2 LEC. Y ello por encontrarse a su alcance la defensa de su derecho a obtener la tutela judicial efectiva por parte del tribunal obligado a hacerlo, en este caso el de instancia, por lo cual no podían pretender obtener dicha tutela en la apelación⁴.

Por su parte, el recurso de los demandados se fundamentaba en la existencia de una errónea aplicación del derecho sustantivo al permitirse, cuando no era preceptivo, el reenvío a la Ley española para discernir la controversia suscitada⁵. Se alegaba también la aplicación, igual-

3 Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DOUE* núm. 201, de 27 de julio de 2012).

4 Téngase en cuenta que el TC ha declarado recientemente la inconstitucionalidad de este requisito en dos recientes resoluciones, la STC 43/2023, de 8 de mayo (ECLI:ES:TC:2023:75) y la STC 75/2023, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:75), y ello por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), si bien ha de advertirse que tal declaración se ha realizado en relación a la vertiente de derecho a la doble instancia en el ámbito penal.

5 Ha de señalarse que el Juzgado, de una manera improcedente, había determinado la Ley española como aplicable conforme a los artículos 9.8 y 12.2 CC, cuando, como veremos, eran aplicable a tal fin las normas

mente errónea, del artículo 21 del Reglamento 650/2012, cuando se debería haber aplicado el artículo 22, pues, conforme a los criterios de interpretación literal y lógico-sistemático, y de la prueba practicada, consideraban que en el testamento se señalaba de una manera tácita la Ley canadiense como la Ley aplicable a la sucesión. Sobre la base de los motivos del recurso de los demandados, la AP de Málaga resolverá en el sentido que pasamos a exponer.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN COMO CUESTIÓN NUCLEAR

Así las cosas, podemos intuir que el tema central del litigio versará sobre la determinación de la Ley aplicable a la sucesión: en efecto, la Ley española (residencia habitual del causante) beneficiaría claramente a los demandantes, hijos del primer matrimonio, mientras que la Ley canadiense (nacionalidad del causante) era manifiestamente favorecedora a la postura mantenida por los descendientes del segundo matrimonio.

Pues bien, la AP de Málaga, frente al incomprensible criterio de aplicación del artículo 9.8 y 12.2 CC que había mantenido el juez *a quo*, deja claro desde un primer momento que para la determinación de la Ley que debía regir la sucesión era de aplicación el Reglamento 650/2012, dado que nos encontrábamos ante una sucesión con evidentes repercusiones transfronterizas⁶, y el testador había fallecido el 17 de agosto de 2017, por lo tanto aplicándose ya el citado instrumento⁷. Además, había de tenerse en consideración a tal efecto la primacía del Derecho de la Unión Europea y el carácter *erga omnes* del Reglamento⁸.

Entrando en la aplicación del Reglamento 650/2012 y en lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable, en la sentencia comentada se analizan sus artículos 21 y 22. Se parte de la base de que la sucesión se rige por la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (art. 22.1), salvo que se acreditase que el causante mantuviera un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado (art. 21.2). Sin embargo, el Reglamento permite que el causante pueda designar como Ley que regule su sucesión la del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento

del Reglamento 650/2012. Se trata de un grave error que, desgraciadamente, no ha de sorprender a quienes se dediquen al Derecho internacional privado, habituados a encontrar tales atrocidades jurídicas en las resoluciones de nuestros tribunales (*vid.* YBARRA BORES, A., “Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: una relación compleja”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 14, núm. 2, 2022, pp. 871-899).

6 El supuesto tratado es modélico para ilustrar a los alumnos de Derecho internacional privado sobre lo que se debe considerar una sucesión de carácter internacional: testador nacido en Argelia, de nacionalidad canadiense, con residencia habitual en Torremolinos (Málaga), fallecido en Emiratos Árabes Unidos, con un testamento otorgado ante notario en España y con bienes, aparentemente, en varios países.

7 Artículo 83 del Reglamento 650/2012.

8 El carácter *erga omnes*, implica, por un lado, que se aplicará el ordenamiento señalado por las reglas del Reglamento aunque se trate de un ordenamiento de un Estado que no participe en el mismo y, por otro, y como consecuencia indirecta de lo anterior, que las normas de conflicto del sistema interno del Estado que aplique el Reglamento son desplazadas por las reglas de éste en la materia concreta (en nuestro caso, las del art. 9.8 CC).

(art. 22.1), pudiendo realizarse la elección expresamente —en forma de disposición *mortis causa*— o resultar de los términos de una disposición de ese tipo, esto es, de una manera tácita (art. 22.2).

Siendo evidente que en el supuesto que tratamos no existió elección expresa de Ley aplicable, se abrían entonces dos incógnitas que son abordadas en la sentencia: por una parte, si cabía la elección anticipada de Ley en un testamento otorgado en 2011, esto es, antes incluso de que hubiese entrado en vigor el Reglamento 650/2012 y, por otra, si del testamento en cuestión podía deducirse una elección tácita a favor de la Ley personal del causante, la Ley canadiense⁹.

Respecto a la primera cuestión, para la AP de Málaga no cabe duda de que el artículo 83.4 del Reglamento 650/2012 posibilitaba la elección incluso en fecha anterior a la entrada en vigor del mismo el 16 de agosto de 2012¹⁰. Más problemática se plantea en estos casos la segunda incógnita y, para discernir la misma, el tribunal realiza un examen de las disposiciones sucesorias para determinar si existió una designación tácita de la Ley canadiense; y de tal estudio llega a la conclusión de que en el caso hubo una elección tácita de tal ley, dado que, tras hacer constar su nacionalidad el causante, se refirió en el testamento a la aplicación de su ley personal a la disposición de última voluntad. Y al amparo de ello realizó un legado a favor de una hija, con preterición de los otros dos hijos que mencionó, posibilidad ésta que el testador manifestó que era permitida por la ley canadiense¹¹, y que resultaba incompatible con la legislación sucesoria española en casos de preterición de herederos forzosos¹².

En definitiva, siendo válida la elección tácita de la ley rectora de la sucesión en los términos señalados, no resultaba aplicable la ley española respecto al pronunciamiento sobre la denunciada preterición, razón por la cual es revocada la sentencia de instancia al ser aplicable a la sucesión el Derecho canadiense¹³.

9 Respecto a la posibilidad de que nacionales de terceros Estados, residentes en Estados miembros de la Unión Europea, puedan elegir su Ley personal para regir el conjunto de su sucesión al amparo del artículo 21.1 del Reglamento 650/2012, ha respondido afirmativamente la reciente sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023, C-21/22 (ECLI:EU:C:2023:766).

10 Sobre la procedencia de la admisión de la *professio iuris* anticipada, incluso la anterior a la fecha de entrada en vigor del Reglamento 650/2012, véase la RDGRN de 15 de junio de 2016 (BOE núm. 175, de 21 de julio de 2016).

11 La cual fue debidamente acreditada en el procedimiento mediante la oportuna prueba documental.

12 Sobre la flexibilidad a la hora de admitir la existencia de *professio iuris* tácita, véanse las resoluciones de la DGRN de 4 de julio de 2016 (BOE núm. 194, de 12 de agosto de 2016), de 2 de marzo de 2018 (BOE núm. 69, de 20 de marzo de 2018), de 14 de febrero de 2019 (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019) y de la DGSJFP de 28 de agosto de 2020 (BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020). Por el contrario, en sentido menos favorable a la existencia de *professio iuris* tácita, véanse las resoluciones de la DGRN de 24 de julio de 2019 (BOE núm. 231, de 25 de septiembre de 2019) y de la DGSJFP de 24 de julio de 2023 (BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2023).

13 La sentencia comentada se refiere al cambio de paradigma representado por el comentado artículo 22 del Reglamento 650/2012, pues, en palabras del TS, el Reglamento 650/2012 “se inclina decididamente por aceptar la elección de la ley aplicable (*professio iuris*), pues resulta preferente la ley elegida por el causante (...)” (STS nº 685/2018, de 5 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:4139).

III. LA CRITICABLE REFERENCIA AL REENVÍO

Hemos señalado que en la sentencia del juez *a quo* se aplicó erróneamente la ley española como consecuencia del juego del reenvío *ex* artículo 12.2 CC, que, como vimos, había ido precedido de una indebida aplicación del artículo 9.8 CC. Así las cosas, y tras declarar la AP de Málaga la aplicación del Reglamento 650/2012 para determinar la Ley aplicable y, en su virtud, estimar la existencia de una válida elección tácita del Derecho canadiense, no le encontramos sentido alguno a las diversas referencias que se hacen en la sentencia a la institución del reenvío.

En efecto, tras reiterar la Sala la aplicación del Reglamento 650/2012, se indica que, especialmente en lo que al supuesto que nos ocupa requiere, ello resulta así “teniendo en cuenta lo establecido con las condiciones del reenvío a otra legislación que se establece el artículo 34”. Y, correlativamente, se recalca que a tal fin “ha de estarse a las normas que dicho Reglamento establece en lo que respecta a la admisibilidad del reenvío de la Ley aplicable por parte del testador, conforme establecen los artículos 12 y 22 del citado Reglamento Sucesorio Europeo” (p. 5, pfo. 4)¹⁴. Se trata de una referencia al reenvío con una frase cuyo significado no se alcanza a entender, y que no se intuye a cuento de qué viene, pues nada aporta a la solución del caso. Pero es que la misma idea es repetida más adelante al reiterarse que el Reglamento 650/2012 “admite la designación de la ley aplicable al testamento y por tanto su reenvío conforme establece el artículo 12 y 22, con respecto a la ley de su sucesión” (p. 7, pfo. 3).

Realmente era innecesaria cualquier alusión al reenvío, y la razón es muy simple: una vez declarada por el tribunal la existencia de elección tácita de la Ley canadiense, el artículo 34.2 del Reglamento 650/2012 establece que en ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refiere, entre otros, el artículo 22. Esto significa que, en el supuesto de haberse elegido —expresa o tácitamente— la Ley que ha de regir la sucesión, se cierra cualquier posibilidad de que opere el reenvío, por lo que resulta evidente que cualquier mención a tal mecanismo ya carecía de sentido¹⁵.

Decía algún clásico que el reenvío es una materia amada por los profesores, odiada por los alumnos, e ignorada —cuando la perciben— por los abogados y jueces; es evidente que en el caso abordado se rompió la tradición y ocurrió todo lo contrario, pues existió un especial empecinamiento por parte del tribunal en introducir con calzador tal figura, y ello sin que hubiera necesidad alguna de hacerlo.

14 La alusión que se hace al artículo 12 debe tratarse de un error, pues ninguna relación guarda dicho precepto con el reenvío; entendemos que en realidad se debe estar refiriendo al artículo 21. Sin embargo, lo cierto es que más adelante se reitera la misma errata.

15 Sobre el reenvío y el Reglamento 650/2012 véanse, ALVAREZ GONZALEZ, S., “Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y reenvío. Dos nuevas entregas del Tribunal Supremo entre el Código civil y el Reglamento 650/2012, de sucesiones”, *La Ley Unión Europea*, nº 69 (abril de 2019); CALVO VIDAL, I., “El estado de aplicación de las disposiciones del Reglamento UE sobre Sucesiones en materia de orden público, aplicación universal y reenvío, y sobre el acceso a los registros del certificado sucesorio europeo”, *Parlamento Europeo*, 2017: <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/131003/juri-comision-briefing-eu-sucesiones.pdf>; CALVO VIDAL, I., “El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *Bitácora Millennium DIPr*: <http://www.millenniumdipr.com/ba-6-el-reenvio-en-el-reglamento-ue-650-2012-sobre-sucesiones> y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Reenvío y Reglamento sucesorio europeo”, *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, 2018, pp. 53-77.

CRÓNICA DE LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA (JUNIO-OCTUBRE 2023)

VICTORIA RODRÍGUEZ PRIETO*
y MONTSERRAT PINTADO LOBATO**

I. ASUNTOS GENERALES Y ADMINISTRACIÓN EXTERIOR DEL ESTADO

Este semestre, la política exterior española ha estado marcada por las turbulencias internacionales, especialmente aquellas que han tenido lugar en el entorno más próximo a la UE. Al este, la guerra en Ucrania y la coordinación de esfuerzos entre los aliados para asegurar las capacidades defensivas del país agredido han centrado gran parte de la agenda bilateral y multilateral. Mientras que, al sur, los ataques terroristas de Hamas contra Israel en el mes de octubre y el posterior bombardeo e incursión israelí a la Franja de Gaza han sido foco de la actividad exterior española.

Indudablemente, la relevancia internacional de nuestro país en este semestre se ha visto acrecentada por el inicio el 1 de julio de la presidencia española al frente del Consejo de la Unión Europea. La agenda del Ejecutivo se ha centrado en los trabajos preparatorios de organización y celebración de importantes encuentros tales como la Cumbre UE-CELAC, la III Cumbre de la Comunidad Política Europea o la reunión informal de jefes de Estado o de Gobierno de la UE en Granada.

Asimismo, en este semestre también ha tenido lugar la semana de Alto Nivel de la Asamblea General de Naciones Unidas, donde la representación española ha estado encabezada por el presidente del Gobierno en funciones, Pedro Sánchez.

Sin embargo, esta intensa actividad internacional se ha desarrollado en un contexto doméstico excepcional ya que, desde las elecciones generales celebradas el 23 de julio, el gobierno se encuentra en funciones. Dicha excepcionalidad se refleja, a su vez, en la dimensión parlamentaria de ahí que en materia de política exterior tan sólo cabe mencionar la declaración institucional del Senado contra la última ofensiva azerí en el Nagorno Karabaj¹. Todo ello sin olvidar que el 31 de octubre ha tenido lugar la jura de la Constitución por parte de la princesa Leonor en el Congreso de los Diputados.

* Profesora ayudante doctora de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (victoriarodriguezp@ucm.es). Todas las páginas web han sido consultadas por última vez el 31 de octubre de 2023.

** Profesora ayudante doctora de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de Universidad de Santiago de Compostela (montserrat.pintado@usc.es).

1 SENADO, *Sesión núm. 3 celebrada el martes 17 de octubre de 2023*, Diario de Sesiones del Senado, 17 de octubre de 2023, núm.3, https://www.senado.es/legis15/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_P_15_3.PDF#page=74

II. POLÍTICA DE SEGURIDAD Y DEFENSA

Nuevamente, la seguridad y defensa españolas han estado marcadas por el desarrollo de la guerra en Ucrania, que ha centrado un semestre más la agenda de los aliados atlánticos y comunitarios. En julio, el presidente del Gobierno y el jefe de la diplomacia española han participado en la Cumbre de la OTAN en Vilna (Lituania), en donde se ha reiterado el espíritu de unidad y el apoyo de los aliados a Ucrania mostrado ya en la cita del pasado año en Madrid. En el marco de este encuentro, Albares se ha reunido con sus homólogos griego, rumano y turco, además de participar en una reunión con representantes de tres Estados afectados por el conflicto armado: Bosnia y Herzegovina, Georgia y Moldavia.

Un mes antes de la Cumbre, los ministros de Exteriores de la Alianza se han reunido en Oslo (Noruega), donde J. M. Albares ha insistido en que los aliados deben avanzar en la definición y respuesta de las amenazas procedentes del Flanco Sur, zona especialmente relevante para España.

También en junio, la ministra de Defensa ha participado en un nuevo encuentro del Grupo de Contacto para la Defensa de Ucrania, así como en la reunión ministerial de la OTAN en Bruselas. Los socios de la alianza han actualizado la situación de Ucrania y las necesidades más urgentes que presenta este país. A este respecto, Robles ha anunciado que España enviará veinte vehículos de Transporte Oruga Acorazado (TOA), cuatro tanques Leopard y un hospital desplegable. Dos meses más tarde, se ha celebrado un nuevo encuentro de este grupo en la base aérea alemana de Ramstein. Mientras que en el mes de octubre la reunión ha tenido lugar en Bruselas. En ambos casos, se ha reafirmado e impulsado la cooperación y respaldo a Ucrania.

El Ministerio de Defensa ucraniano ha concedido la distinción de honor a M. Robles por el apoyo dado a España al país vecino desde el inicio de la agresión rusa en febrero de 2022.

Toledo ha acogido la reunión informal de ministros de Defensa de la UE quienes han vuelto a ratificar su apoyo a Ucrania y, a su vez, han expresado su preocupación por la creciente inestabilidad en África.

Posteriormente, Robles ha acudido a Estonia para visitar los destacamentos españoles desplegados en el país. Allí, la titular de Defensa en funciones ha subrayado la importancia de la participación de España en las actividades OTAN de cara a favorecer una mayor disuasión en el flanco oriental de la Alianza.

Ya en el mes de octubre la ministra ha presidido junto al Alto Representante los actos de la reunión del Comité Militar de la UE que se han celebrado en Sevilla.

III. COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO

En el marco de las actividades de la presidencia española del Consejo de la UE, Madrid ha acogido una reunión de agencias internacionales de desarrollo y humanitarias, en un encuentro presidido por el ministro Albares y el director de la AECID, Antón Leis. Los participantes han

realizado un llamamiento para una mayor coordinación entre actores con el fin de maximizar el impacto de la ayuda oficial para el desarrollo de la UE y sus miembros.

La secretaria de Estado de Cooperación Internacional, Pilar Cancela, ha visitado Chile y Uruguay. En Chile, Cancela ha asistido a la Conferencia Regional sobre Cooperación Sur-Sur de América Latina y Caribe de la CEPAL y ha recordado el compromiso de España con la agenda de desarrollo de la región.

En Cádiz se ha celebrado el encuentro de ministros de Cooperación para el Desarrollo de la UE quienes, entre otros aspectos, han abordado la necesidad de ofrecer un nuevo impulso a la Agenda 2030.

IV. EUROPA Y SU REPERCUSIÓN EN LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA

En el mes de junio, Moldavia ha acogido la II Cumbre de la Comunidad Política Europea, que ha reunido en el país a 47 líderes europeos, con la participación del presidente del Gobierno español. Además de abordar la actualidad de la guerra de Ucrania, los líderes europeos han debatido sobre conectividad, energía e infraestructuras o seguridad, entre otros temas. Aprovechando la celebración de la reunión informal de Jefes de Estado o de Gobierno de la UE prevista en Granada para otoño, Sánchez ha anunciado que España será la anfitriona del siguiente encuentro de la Comunidad Política Europea que tendrá lugar en esa misma ciudad. Allí, a principios de octubre, se han celebrado ambos actos que, en el caso del encuentro de los presidentes de la UE, ha concluido con importantes progresos entorno a la ampliación y, en menor medida, reforma de los tratados. Mientras que la III Cumbre de la Comunidad Política Europea se ha caracterizado por visualizar el apoyo a Ucrania de ahí que incluso Pedro Sánchez no haya dudado en señalar que Granada es “la capital de Europa y capital de paz”. A nivel sectorial, el encuentro ha permitido acordar una mayor colaboración en materia de energía. Sin embargo, esta última cumbre no ha contado con la participación de Azerbaiyán ni Turquía y, por consiguiente, el conflicto del Nagorno Karabaj sólo ha podido ser abordado con el presidente armenio. Por su parte, los reyes han acompañado a las autoridades europeas desplazadas en Granada en su visita a la Alhambra y la posterior cena de gala celebrada en este emblemático lugar.

Unos días antes del arranque oficial de la presencia española, el ministro José Manuel Albares ha participado en un nuevo encuentro del Consejo de Asuntos Exteriores, marcado por la próxima Cumbre UE-CELAC, la tensión entre Armenia y Azerbaiyán o la diplomacia digital.

Finalmente, el 1 de julio España ha iniciado su quinta presidencia al frente del Consejo, la cual se extenderá hasta final de año. El presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, ha sido el encargado de presentar las prioridades que va a promover en este semestre. Entre ellas, cabe destacar la reindustrialización de la UE y la garantía de una autonomía estratégica abierta, el avance hacia la transición ecológica y la adaptación medioambiental, incluyendo el impulso a una reforma del mercado eléctrico que acelere la apuesta por las energías renovables, el logro de una mayor justicia social y económica, y el refuerzo de la unidad comunitaria. Con motivo

del inicio de la presidencia española, el presidente del Consejo Europeo ha visitado España y ha mantenido un encuentro con el rey.

Antes de iniciar el semestre de la presidencia española, la ministra de Justicia, Pilar Llop, y el ministro de Interior, Fernando Grande-Marlaska, han participado en la reunión ministerial de los titulares de sus carteras, con la presencia también del fiscal general de [EE.UU.](#), Merrick Garland, y el secretario de Seguridad Nacional de los [EE.UU.](#), Alejandro Mayorkas. La ministra española ha informado sobre las prioridades que abordará España en el semestre europeo, principalmente centradas en avanzar hacia un sistema fiscal focalizado en la ciudadanía con propuestas legislativas que tengan un impacto en la sociedad, como la lucha contra violencia contra las mujeres, la trata de seres humanos o la delincuencia ambiental. Asimismo, Grande-Marlaska también ha desgranado los avances que tratará de promover nuestro país en materia de Interior, entre los que destaca sobremanera la aprobación del Pacto sobre Migración y Asilo, así como la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada. Precisamente en referencia al Pacto de Migración y Asilo, Grande-Marlaska participó en Luxemburgo en las reuniones para la aprobación del reglamento europeo de migración, que garantiza un reparto equitativo de las responsabilidades migratorias y la solidaridad entre los socios.

También, los ministros de Sanidad, José Manuel Miñones, o Transportes, Raquel Sánchez, han abordado con sus respectivos homólogos las prioridades de la presidencia de nuestro país en estas áreas con medidas tales como el Espacio Europeo de Datos Sanitario o el avance hacia un transporte más sostenible, resiliente y digital.

Los secretarios de Estado comunitarios han debatido en Zaragoza sobre la industria de defensa europea y la agresión rusa a Ucrania, en un evento previo al inicio de la presidencia española y bajo la dirección de la secretaria de Estado de Asuntos Exteriores española, Ángeles Moreno Bau.

Ya en el marco del semestre europeo liderado por España, León ha acogido la Conferencia Internacional para conmemorar el día del parlamentarismo, con representantes de las cámaras de los socios comunitarios, así como los presentes de las Cámaras Españolas y la inauguración de Su Majestad el Rey.

A finales de agosto, el titular de Exteriores ha acudido a la reunión informal de ministros de Asuntos Exteriores quienes han analizado la importancia de apoyar la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental en aras a volver a instaurar el sistema democrático en Níger, así como la necesidad de avanzar hacia una paz justa en Ucrania. Días más tarde, el titular de Agricultura, Luis Planas, ha reunido a sus homólogos europeos en Córdoba para reafirmar la importancia del uso de las nuevas tecnologías en el sector conforme a una mayor protección medioambiental.

El 7 de septiembre, los ministros de Educación y Formación Profesional (P. Alegría), Universidades (J. Subirats), Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (J. L. Escrivá) o Cultura y Deporte (M. Iceta) han acudido a la Eurocámara para explicar los hitos alcanzados en los ámbitos de sus respectivos ministerios durante el semestre español. Por su parte, la titular de Justicia, P. Llop, ha asistido al Parlamento un mes más tarde en donde, entre otros logros, ha destacado la importancia de la directiva sobre la violencia contra las mujeres y la trata de seres humanos.

Ya en Cáceres, los ministros de Cultura de la UE han aprobado una declaración en donde defienden que “la cultura sea un bien público esencial y un bien público mundial al más alto nivel político”.

En materia de Migración y Asilo, los titulares de Interior de la Unión han acordado en Bruselas el Reglamento de Crisis que permite avanzar hacia un pacto más ambicioso, el cual ahora la presidencia española debe negociar con el Parlamento Europeo. De igual modo, destaca el encuentro de los ministros del Interior con sus homólogos de los Balcanes Occidentales en Skopje para tratar la lucha contra el terrorismo, narcotráfico o gestión migratoria.

Por su parte, el titular de Exteriores ha defendido en el seno del Consejo el uso del catalán, gallego y euskera en las instituciones europeas.

A la luz del 75º aniversario de la Declaración de Derechos Humanos, los jefes de la diplomacia española y europea han inaugurado una conferencia de alto nivel para conmemorar dicha declaración.

A principios de octubre, se ha celebrado en Kiev una nueva reunión del Consejo en su formación de Asuntos Exteriores. Se trata de la primera vez que este tipo de encuentro tiene lugar en un país que no es Estado miembro de la Unión siendo —según ha declarado J. M. Albares— un “símbolo” del apoyo indiscutible a Ucrania por parte de la UE.

A finales de octubre, el presidente en funciones P. Sánchez ha participado en un nuevo encuentro del Consejo Europeo. Allí ha liderado la propuesta relativa a la celebración de una conferencia internacional de paz que permita cierto diálogo entorno al conflicto israelí-palestino y que, finalmente, ha sido respaldada por sus homólogos europeos.

A nivel bilateral, Ucrania ha continuado marcando la agenda. El presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, ha visitado el país justamente el día en el que se ha iniciado la presidencia española del Consejo de la UE, mostrando así el apoyo español a Ucrania. En la que ha sido su tercera visita desde el inicio de la guerra, Sánchez se ha reunido con el presidente Volodimir Zelenski y se ha dirigido al Parlamento ucraniano. Ambos presidentes han adoptado una Declaración Conjunta en el que el país ucraniano agradece el apoyo español, así como el compromiso de ambos países por llevar ante la justicia internacional a los responsables de los crímenes cometidos en el marco del conflicto. Igualmente, un mes antes, en el marco de la Cumbre de la Comunidad Política Europea celebrada en Moldavia, Sánchez también ha tenido ocasión de reunirse con Zelenski. Un encuentro que se repetirá en Granada en el marco de la III cumbre celebrada en el mes de octubre.

Paralelamente, Pedro Sánchez se ha reunido con distintos mandatarios europeos a los márgenes de estas cumbres tales como el presidente de Holanda, Gran Bretaña, Macedonia del Norte o Montenegro.

Por su parte, el rey de los Países Bajos, Guillermo Alejandro, ha visitado España con motivo del 375º aniversario del establecimiento de relaciones diplomáticas entre ambos países. Además de compartir un almuerzo con don Felipe VI, ambos monarcas han presidido el acto de presentación del primer corredor marítimo de hidrógeno verde entre los puertos de Algeciras y Rotterdam.

En el marco de los trabajos preparatorios para la presidencia comunitaria, Pedro Sánchez se ha reunido con el primer ministro sueco, Ulf Kristersson, país encargado de dar el relevo a España en este rol. Así, ambos mandatarios han revisado el estado de los principales temas que España gestionará durante la presidencia. Igualmente, Sánchez le ha transmitido a Kristersson el apoyo español a la adhesión pronta de Suecia a la OTAN. La ministra de Defensa también se ha reunido con su homólogo sueco, Pal Jonson, con el mismo fin.

V. AMÉRICA

Pocos días después del inicio de la presidencia española, Pedro Sánchez ha intervenido en la sesión inaugural de la Cumbre UE-CELAC, la primera que se celebra desde 2015 siendo uno de los principales hitos de la presidencia española. Sánchez ha recordado que las relaciones comunitarias con América Latina y Caribe son prioritarias para España. Las partes participantes han acordado el objetivo de relanzar el diálogo político periódico de alto nivel y un compromiso para una mejor cooperación y coordinación en foros multilaterales en temas de interés conjunto. Igualmente, apenas dos meses después, los ministros de Economía de la UE y CELAC se han reunido en Santiago de Compostela con el objetivo de profundizar en la agenda económica compartida.

En el marco de la intensa agenda euro-latinoamericana, el Senado ha acogido la Asamblea parlamentaria Euro-Latinoamericana, que a finales de julio ha reunido a 75 eurodiputados y 75 representantes de parlamentos latinoamericanos y caribeños y que ha contado con la participación del titular de Exteriores y de la secretaria general de la Conferencia de [NN.UU.](#) sobre Comercio y Desarrollo, Rebeca Grynspan. Asimismo, los participantes han sido recibidos por su Majestad el rey. Previamente a la Cumbre UE-CELAC, el ministro ha participado en el Foro Sociedad Civil Unión Europea-Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, donde los asistentes han compartido experiencias y han analizado las perspectivas hacia un futuro sostenible en las dos regiones.

La ministra de Trabajo, Yolanda Díaz, ha celebrado un encuentro con sus homólogas de Argentina, Colombia y Honduras con el fin de debatir sobre los desafíos del mundo laboral, entre ellos la igualdad de género, la defensa de los derechos laborales o el trabajo decente.

Este semestre, España ha asumido la presidencia de la Iniciativa Iberoamericana para Prevenir y Eliminar la Violencia contra las Mujeres, cogiendo el testigo de la República Dominicana. Este proyecto para erradicar esta violencia en Iberoamérica tiene como objetivo avanzar en la construcción y consolidación de un marco común entre estos países.

En cuanto a la agenda bilateral, el presidente chileno, Gabriel Boric, ha visitado España días antes de participar en la Cumbre UE-CELAC y ha mantenido un encuentro con Pedro Sánchez. Ambos han destacado la voluntad de impulsar la relación entre ambas regiones y Sánchez le ha transmitido a Boric la voluntad y los esfuerzos de España para cerrar definitivamente el Acuerdo de Asociación Modernizado UE-Chile durante el semestre de la presidencia española. Asimismo, los mandatarios han revisado las relaciones bilaterales y han firmado acuerdos sobre temas tan diversos como ciberseguridad o memoria democrática.

El presidente P. Sánchez se ha reunido en La Moncloa con la secretaria de Comercio de Estados Unidos, Gina Riamondo, con la que ha debatido sobre asuntos tecnológicos y comerciales antes de que España asuma la presidencia del Consejo de la UE. Asimismo, ambos han abordado el refuerzo de la cooperación entre España y [EE.UU.](#) en el desarrollo de la cadena de valor de los semiconductores.

Aprovechando la presencia de importantes líderes latinoamericanos y caribeños en la celebración de la Cumbre UE-CELAC, el titular de Exteriores se ha reunido con su homóloga mexicana, Alicia Bárcena, y con el primer ministro haitiano, Ariel Henry.

España ha impulsado un proyecto con República Dominicana para mejorar el Servicio Público de Justicia, conocido como plan visión Justicia 20-24, destinado a optimizar la atención al usuario y mejorar la accesibilidad a través de canales digitales.

A mediados de agosto, el rey Felipe VI ha viajado a Paraguay para acudir a la toma de posesión del nuevo presidente, S. Peña Palacios. En su estancia en el país, el monarca ha inaugurado la nueva embajada de España situada en Asunción.

Finalmente, el ministro de Exteriores en funciones ha planteado a sus homólogos europeos levantar las sanciones impuestas a Venezuela tras los últimos avances del Gobierno de N. Maduro con la oposición. Sin embargo, ciertos Estados miembros se han mostrado reacios a la propuesta española.

VI. MEDITERRÁNEO MERIDIONAL, MAGREB Y ORIENTE PRÓXIMO

El Rey de Jordania, Abdalá II, ha realizado una visita oficial a España con el fin de impulsar las relaciones bilaterales y avanzar hacia una asociación estratégica. El monarca jordano ha sido recibido por el presidente del Gobierno, un encuentro especialmente centrado en la reunión ministerial euromediterránea que tendrá lugar en el marco de la presidencia española del Consejo de la UE. Además, Abdalá II también ha mantenido una audiencia con el rey Felipe VI.

Felipe VI ha recibido en audiencia al Sultán Bin Ahmed al Jaber, ministro de Industria y Tecnología Avanzada de los Emiratos Árabes Unidos. El ministro emiratí ha acudido acompañado con el director general de la COP 28, que se celebrará en noviembre en los Emiratos.

España ha enviado a Marruecos un equipo de Unidad Militar de Emergencias para colaborar en las tareas de búsqueda y rescate de supervivientes tras el terremoto que ha sufrido el país vecino en el mes de septiembre. Por su parte, el rey Felipe VI ha enviado un telegrama al monarca marroquí, Mohamed VI, en donde ha expresado su pesar por la tragedia.

La secretaria de Estado de Defensa, M.A. Valcarce, ha visitado Jordania para reunirse con el jefe del Estado Mayor del país, Y.A. Al Hnaity, con quien ha abordado las relaciones bilaterales entre ambos países en materia de Seguridad y Defensa, así como otras posibles colaboraciones en la industria de defensa.

Pedro Sánchez ha telefonado a su homólogo israelí tras los atentados sufridos por Hamás para expresar su pésame y solidaridad con el país vecino. Mientras que en Madrid se ha reunido, por un lado, con la embajadora israelí, R. Radian-Gordon, a quien le ha transmitido su solidaridad con el pueblo israelí. Por otro lado, ha mantenido un encuentro con el embajador jefe de la misión diplomática de Palestina en España, Husni M.A. Abdelwahed, a quien le ha insistido en la necesidad de proteger a la población civil de Gaza y garantizar los suministros básicos.

VII. ÁFRICA SUBSAHARIANA Y AUSTRAL

En el mes de julio, España ha traspasado la presidencia de la Alianza Sahel a Alemania, tras tres años de presidencia española en los que se ha impulsado el acceso a los servicios básicos, el empoderamiento de las mujeres, la lucha contra el cambio climático y sus consecuencias en la seguridad o la respuesta a las crisis en la región.

Córdoba ha acogido la reunión del Proceso de Áqaba, unas reuniones internacionales destinadas a reforzar la cooperación militar y de seguridad entre socios para luchar contra el terrorismo. En esta cita, en la que han intervenido el rey Felipe VI y el ministro de Exteriores en representación de España, el foco ha sido la lucha contra el terrorismo y el extremismo en África Occidental y el Sahel, con la participación de los presidentes de Ghana, Mauritania y Guinea-Bissau, así como el presidente de la Comisión de la Unión Africana.

A principios de octubre, Grande-Marlaska y el comisario M. Schinas han viajado a Mauritania y Senegal para reforzar la cooperación en materia de Migración.

VIII. ASIA Y PACÍFICO

El embajador japonés en España, Takahiro Nakamae, ha visitado el Senado y se ha reunido con el presidente de la Cámara, Ander Gil.

La titular de Defensa en funciones se ha reunido con el jefe de la Fuerza Aérea de la India. V. Ram Chaudhari. Ambos han confirmado la importancia de reforzar la cooperación bilateral en la materia.

IX. ORGANISMOS INTERNACIONALES Y DIPLOMACIA MULTILATERAL

España ha acogido la Conferencia sobre el Impacto Global de la vacunación, que ha evaluado el estado mundial y ha establecido los objetivos a futuro con la presencia de 17 ministros de Sanidad y de funcionarios de los países socios de la Alianza para las Vacunas.

Los ministros de Exteriores e Interior han inaugurado junto con el secretario general adjunto de Naciones Unidas, Vladimir Voronkiv, la nueva sede en Madrid de la Oficina de Lucha contra el Terrorismo de Naciones Unidas.

El ministro Luis Planas ha intervenido en la 43ª Conferencia de la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, en representación de la UE y sus Estados miembros, y ha reiterado el compromiso comunitario ante la crisis alimentaria global y ha apelado a la necesidad de impulsar sistemas alimentarios sostenibles que garanticen la seguridad alimentaria.

El secretario general de Naciones Unidas, António Guterres, se ha reunido con el rey, en el marco de la visita a Nueva York del monarca, para clausurar el XXVIII World Law Congress.

En septiembre, el titular de Exteriores en funciones junto a la vicepresidenta N. Calviño han viajado a Nueva Delhi para participar en la cumbre del G20. Allí, han subrayado la importancia de promover un crecimiento sostenible, equilibrado e inclusivo conforme al multilateralismo.

J.M. Albares ha acudido al 78º periodo de sesiones de la Asamblea de Naciones Unidas, donde ha tratado temas como la agresión a Ucrania, la lucha contra el terrorismo internacional o América Latina. En su visita a New York, el jefe de la diplomacia española se ha reunido con el fiscal de la Corte Penal Internacional, K. Khan, quien le ha confirmado que se investigará como crimen de guerra el asesinato en Ucrania de la cooperante española, E. Igual, el pasado 10 de septiembre.

España ha presentado en la UNESCO su candidatura para organizar y celebrar la próxima Conferencia Mundial de Políticas Culturales y Desarrollo Sostenible en 2025.

Finalmente, destaca el apoyo del presidente español al secretario general de Naciones Unidas, A. Guterres, frente a las demandas de dimisión por parte de Israel tras la solicitud de un alto el fuego humanitario en Gaza.

RECENSIONES

ABEGÓN NOVELLA, M., *Los efectos de los conflictos armados en los tratados de protección del medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2022, 270 pp.

Esta monografía está orientada a abordar la carencia de normativa internacional en materia de aplicación de los tratados internacionales multilaterales de protección del medio ambiente en tiempos de conflicto armado. Como indica el prologuista de este libro, el profesor Ángel J. Rodrigo, la presente obra refleja la briosa existencia de una dimensión comunitaria en el sistema jurídico internacional surgido en las últimas décadas.

Su contenido explica cómo ha cambiado progresivamente el enfoque tradicional de la doctrina iusinternacionalista de que un conflicto armado provocaba la terminación automática de los tratados entre las partes beligerantes, hasta el punto de que la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en su Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, de 2011, afirma la presunción —*iuris tantum*— de la continuidad de los tratados multilaterales normativos incluso entre los contendientes en un conflicto armado, pues nos encontramos ante normativa jurídica internacional de interés público que protege los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto, el interés público internacional, lo cual resulta especialmente cierto en la materia de protección del medio ambiente.

En este ámbito no viene produciéndose una práctica estatal general y uniforme, sino que esta ha sido diversa, irregular y confusa, por lo que resulta “indispensable contar con unas pautas, reglas y orientaciones que permitan delimitar qué ocurre con los tratados cuando estalla la guerra” (p. 22). La autora de este libro subraya la dificultad extrema que plantea la fragmentación y heterogeneidad en la posición de los Estados sobre la aplicabilidad de los tratados en situaciones de conflicto armado.

El confesado objeto de estudio de esta obra no consiste en estudiar la protección del medio ambiente en tiempos de guerra, sino en analizar la aplicación de los tratados multilaterales de protección del medio ambiente en esa situación. Como se indica en su texto, el interés académico de este trabajo de investigación está basado en tres criterios: su actualidad, su temática y su enfoque. Con respecto a su actualidad, esta monografía se erige en una de las primeras evaluaciones de la aceptación y aplicación de las reglas fijadas en el Proyecto de artículos de la CDI de 2011. Acerca de su temática, la aplicación de los tratados de protección del medio ambiente sirve para impulsar la evolución y consolidación del pujante Derecho internacional del medio ambiente, como demuestra que la CDI se encuentre trabajando en la codificación de los principios y reglas de protección medio-ambiental en relación con los conflictos armados. En cuanto a su enfoque, en los últimos tiempos la comunidad internacional ha evolucionado hacia una diversificación de sus miembros y el reconocimiento de intereses comunes entre ellos.

En calidad de paradigma de interés público de la Comunidad Internacional, la protección del medio ambiente ha sido articulada sobre todo a través de tratados multilaterales normativos, pues estos cuentan actualmente con numerosos Estados Parte, que han prestado su consentimiento y que se han obligado a cumplir. Pues bien, el estallido y desarrollo de cada conflicto bélico no solo supone un terrible drama humano, sino que también provoca graves perjuicios en el entorno natural en el que estallan las hostilidades. Pese a ello, no existe un tratado internacional vigente que regule los efectos de la guerra en los tratados, sino únicamente un

Proyecto de artículos de la CDI. Ni las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados (1969 y 1986, ésta última a falta de solo dos ratificaciones estatales para entrar en vigor) regularon esta materia específica de los efectos de la guerra en la contratación convencional, ni hay consenso en la práctica heterogénea de los Estados ni en la jurisprudencia internacional sobre la cuestión de la posible aplicabilidad de los tratados durante las hostilidades, por lo que tampoco existe una norma consuetudinaria general en esta materia. Pese a ello, la doctrina actual sí parece estar de acuerdo en considerar que la guerra no tiene efectos automáticos en los tratados de protección del medio ambiente.

El conflicto armado puede ser causa de terminación o suspensión de un tratado (art. 73 de la de 1969 y art. 74.1 de la de 1986), aunque dicha causa no fue regulada como tal por las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados. Sí lo ha hecho la Comisión de Derecho Internacional en su citado Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos en los tratados, que define el conflicto armado como una situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados o se produce un recurso prolongado a la fuerza armada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados.

Como indica la CDI, la existencia de un conflicto armado no provoca *ipso facto* la terminación o suspensión de un tratado entre las Partes en el conflicto, o entre uno de los contendientes y un tercero. La posible incidencia de un conflicto armado sobre la aplicación de un tratado será decidida por las Partes del tratado en su texto —o en un acuerdo posterior—.

Si las Partes no han decidido nada, se acudirá a las reglas sobre interpretación de los tratados y a un conjunto de factores relevantes, como la naturaleza del tratado —en particular, su materia, objeto y fin, contenido y el número de Partes en el tratado—, y las características y alcance del conflicto armado.

Eso sí, la CDI recoge una lista indicativa de tratados que por su materia se presume *iuris tantum* que siguen aplicándose, entre ellos los de protección medioambiental: los tratados sobre el derecho de los conflictos armados, incluidos los tratados de Derecho internacional humanitario; los que declaran, crean o regulan un régimen, condición o derechos permanentes, como los tratados sobre fronteras terrestres y marítimas; los tratados multilaterales normativos y en materia de justicia penal internacional; los de amistad, comercio y navegación, y relativos a derechos privados; los de protección de derechos humanos y del medio ambiente; los relativos a cursos de agua internacionales y acuíferos e instalaciones y construcciones conexas; los tratados constitutivos de OI; los relativos a la solución pacífica de controversias; y los tratados sobre relaciones diplomáticas y consulares.

Con respecto a la estructura de esta monografía, esta se articula en tres partes: de modo simétrico, cada una de esas partes comienza con una introducción y cuenta con dos capítulos. Su primera parte está dedicada a explicar el proceso de codificación de las normas sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados internacionales que ha desembocado en el Proyecto de artículos de la CDI. La segunda parte cambia de tercio y analiza los tratados multilaterales normativos de protección del medio ambiente, y el modo en el que estos son aplicados durante un conflicto armado. Por último, la tercera parte de esta obra realiza una conexión material de las dos anteriores, al examinar los efectos de los conflictos armados so-

bre los tratados multilaterales normativos de protección del medio ambiente según las reglas codificadas en el citado proyecto de artículos de la CDI.

Mención aparte merece la ejecución por la autora de algunos de los aspectos relevantes de un trabajo de investigación avanzado, pues este cuenta con una cuidada presentación, un amplio apartado científico desplegado, y sendos apartados de bibliografía y documentación comprensivos y bien organizados. Todo ello contribuye a cimentar una convincente solidez a la presente monografía.

En definitiva, nos encontramos en esta ocasión ante un estudio muy serio, sistemático, cartesiano y preciso de la materia analizada, si bien tal podría haberse limitado la reiteración constante de determinada terminología (tratados multilaterales normativos de protección del medio ambiente), en aras a lograr una mejor concreción de los, por otro lado, excelentes resultados de este trabajo de investigación, brillantemente transmitidos por su autora, especialmente en sus atinadas, clarificadoras y amplias conclusiones.

Alfonso J. Iglesias Velasco
Universidad Autónoma de Madrid

AGULLÓ AGULLÓ, D., *La acción colectiva en defensa de los consumidores. Aspectos nacionales y transfronterizos*, Atelier, Barcelona, 2023, 322 pp.

Obra de referencia absoluta y excelente visión panorámica de un tema tan complejo y actual como es, tanto *ad intra* como *ad extra*, la acción colectiva en defensa de los consumidores. La complejidad y actualidad viene representada por el nuevo marco jurídico existente como consecuencia de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. La tutela colectiva de consumidores a experimentado una profunda transformación y mejora, como consecuencia de la Directiva (UE) 2020/1828. Si bien en el ordenamiento jurídico español ya existe la posibilidad del ejercicio de acciones colectivas en materia de consumidores, tanto respecto de acciones de cesación como resarcitorias, la regulación proyectada supondrá un avance significativo en este ámbito, que previsiblemente superará las dificultades y deficiencias de la normativa actual y configurará la tutela colectiva como una auténtica tutela especial. En concreto, se contempla la creación de un procedimiento especial cuyas normas se incorporarán como un nuevo Título IV, en el Libro IV de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Además, se prevé la utilización de herramientas acordes con los tiempos actuales, como las plataformas electrónicas, que permitan una tramitación más ágil y un acceso directo y sencillo por los consumidores y usuarios afectados.

En esta monografía se estudia la configuración jurídica, el funcionamiento, las áreas de mejora y las posibles reformas normativas que podrían acometerse en el ámbito de las acciones colectivas en defensa de los consumidores en España, atendiendo a la aplicación e implementación de la más reciente legislación de la Unión Europea. En este trabajo también se analizan algunos de los aspectos relevantes en materia de Derecho internacional privado.

La acción colectiva como vía de actuación conjunta de consumidores afectados por prácticas y cláusulas abusivas, es una herramienta polifacética plasmada legalmente en el ordenamiento jurídico internacional, europeo y por supuesto en el español, aunque no esté consolidada. Señala la SAP de Madrid, Sección 11^a, en su Sentencia de 16 de junio de 2005 que “la defensa de intereses colectivos trasciende de la tradicional concepción del proceso civil como medio de resolución del conflicto de intereses particulares y privados, proyectándose en el derecho procesal y sustantivo como instrumento adecuado de tutela y satisfacción de intereses que afectan a una pluralidad de individuos de difícil determinación, tanto en el plano de los demandantes como, en su caso, de demandados, y que, por tanto, precisa de un regulación especial como tales acciones colectivas, en aras a evitar la repetición innecesaria de litigios, aportando seguridad jurídica en el conjunto de relaciones de esa índole, que afectan a los sujetos intervinientes”.

A lo largo de sus más de 320 páginas, el Dr. Agulló Agulló va introduciéndonos en el estudio de la acción colectiva en defensa de los consumidores: primero, conceptualizando el objeto de su trabajo y dibujando el marco jurídico regulatorio de la acción colectiva en defensa de los consumidores (Capítulo primero); después, con el análisis exhaustivo de la noción de “interés protegido” y algunos rasgos característicos de la acción colectiva en España (Capítulo segundo); clarificando el procedimiento de la acción colectiva (Capítulo tercero); y, finalmente,

arrojando algo de luz sobre cuestiones tan complejas como son el fin del procedimiento y sus efectos, para terminar esbozando posibles mejores con base en la Directiva (UE) 2020/1828 (Capítulo cuarto).

Si bien se acompaña el trabajo con un listado de resoluciones dictadas, la bibliografía consultada, otros documentos y un útil cuadro de jurisprudencia relevante, donde el interesado por esta materia puede seguir profundizando en el tema, se echa de menos unas conclusiones. Es cierto que ya en la introducción y a lo largo de los cuatro capítulos que componen la obra su autor va identificando problemas y aportando soluciones, quizás un apartado final, a modo de “conclusiones”, hubiera sido aconsejable.

En *La acción colectiva en defensa de los consumidores. Aspectos nacionales y transfronterizos*, sin perder de vista el objetivo último (o si se quiere primero y principal) del legislador europeo: proteger al consumidor como parte débil en la relación jurídica, se analizan algunos de los aspectos relevantes en materia de Derecho internacional privado. Entre otros, se aborda la legitimación internacional, la problemática notificación transfronteriza a los consumidores afectados, la litispendencia internacional, así como la posible aplicación de los foros de competencia judicial internacional contenidos en el Reglamento “Bruselas I bis” a la acción colectiva en defensa de los consumidores.

El marco jurídico de las acciones colectivas en defensa de los consumidores ha sufrido importantes cambios en los últimos años. Si bien, son notables las mejoras en su funcionamiento, todavía quedan áreas de mejora, especialmente en términos de reformas regulatorias y de aplicación del derecho internacional privado. En este contexto, entre otros, es fundamental asegurar la legitimidad internacional de estas acciones, así como establecer mecanismos de notificación transfronteriza a los consumidores afectados.

Útil, sólida y práctica son algunos de los calificativos que (desde la razón y no desde el corazón) merece *La acción colectiva en defensa de los consumidores. Aspectos nacionales y transfronterizos*. En definitiva, esta monografía del Dr. Diego Agulló Agulló, ilicitano de corazón y madrileño de profesión, es y debe ser, sin duda alguna, lectura obligada. Se agradece que la producción científica en materia de *ius internacional privatista* se complemente con trabajos como éste, rigurosos, prácticos y de calado científico.

Alfonso Ortega Giménez
Universidad Miguel Hernández (Elche)

BORDIN, F.L., MÜLLER, A.Th. y PASCUAL-VIVES, F. (Eds.), *The European Union and Customary International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 301 pp.

La cuestión del *Völkerrechtsfreundlichkeit* o compromiso de la Unión con el Derecho internacional es objeto de un intenso debate en la doctrina. Según la opinión dominante, el TJUE está generalmente abierto al Derecho internacional, aunque conserva la autoridad para decidir su eficacia en el ordenamiento jurídico de la Unión; mientras que otros, en cambio, piensan que su jurisprudencia proyecta más bien una prioritaria preocupación por salvaguardar su propia identidad. Algunas de las cuestiones que tienen que ver con la eficacia de las normas internacionales en el orden jurídico de la Unión, como la relativa a la eficacia directa de los acuerdos internacionales, ya han sido tratadas por la doctrina. Pero van apareciendo otras nuevas, como la eficacia de la costumbre en el orden jurídico de la Unión. Y este es el mérito de esta interesante monografía colectiva editada por los profesores BORDIN, MÜLLER y PASCUAL VIVES: Arrojar luz sobre las intrincadas cuestiones que plantea la recepción, incorporación y aplicación de la costumbre internacional en la Unión Europea, abordando, entre otras, las siguientes cuestiones: ¿Se encuentra la Unión vinculada por la costumbre como cuestión de Derecho internacional y, en caso afirmativo, sobre qué fundamento? ¿La singularidad de la Unión tiene alguna relevancia frente a la costumbre internacional? ¿Cómo contribuye la práctica de la Unión a la formación de la costumbre y a los métodos para su identificación y aplicación? ¿En qué medida se aplica la costumbre y qué relevancia real tiene, no sólo ante el TJUE, sino también ante sus instituciones políticas? ¿En qué medida esta aplicación se ve mediatizada por el principio de autonomía del Derecho de la Unión? ¿Pueden los particulares, y bajo qué condiciones, invocar la costumbre con ocasión del control de legalidad de los actos de la Unión? ¿Qué relación existe entre las normas imperativas y los principios constitucionales del sistema jurídico de la Unión?

Analizar la eficacia de la costumbre en el ordenamiento jurídico de la Unión no podría ser más apropiado por tratarse de la organización regional más desarrollada en la historia de las relaciones internacionales, que mantiene múltiples y variadas relaciones en el plano internacional con terceros Estados y otras organizaciones. Si bien dichas relaciones se fundamentan la mayoría de las veces en tratados; las reglas aplicables por defecto se fundamentan en la costumbre, es decir, las potestades y obligaciones que la Unión y terceros pueden exigirse mutuamente.

Y probablemente no exista otra organización para cuyo funcionamiento externo la aplicación subsidiaria de esas normas sea más transcendental. Por tanto, la UE se encuentra en una posición única para aplicar —y eventualmente violar— el Derecho internacional consuetudinario en sus relaciones con otros sujetos. Las amplias competencias que le han sido conferidas también implica que sus instituciones se encuentran en una posición privilegiada para influir en el desarrollo de nuevas costumbres. No es por ello casual que en su reciente estudio sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario, la CDI haya identificado a la Unión como el principal ejemplo de una organización cuya práctica debe considerarse representativa para la formación de una nueva costumbre.

Apropiado es también el momento en que se publica esta monografía por varios motivos. En primer lugar, debido al renovado interés académico que parece existir sobre la costumbre tras concluir la CDI en 2018 el citado estudio. Por otra parte, tras una fase de referencias algo precarias, el TJUE ha dictado varios fallos en los últimos años en los que ha desempeñado un protagonismo fundamental la costumbre y las normas imperativas del Derecho internacional general. Finalmente, la reciente retirada del Reino Unido pone de relieve el protagonismo que el Derecho internacional consuetudinario puede desempeñar en las relaciones entre una organización y sus miembros (o ex miembros) en situaciones complejas o inesperadas. Todas estas razones hacen que la reciente aparición de esta monografía sea más que bienvenida.

En sus tres primeros capítulos la problemática de la costumbre internacional se aborda desde la perspectiva del derecho internacional público, reflexionando sobre el estatus y la práctica de la Unión como sujeto del Derecho internacional consuetudinario. Los profesores Christina BINDER y Jane HOFBAUER inician el debate explorando los fundamentos jurídicos por los que la Unión se encuentra obligada como organización *sui generis* por la costumbre, utilizando como test las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario con miras a ofrecer un análisis basado en la práctica que informe los vericuetos conceptuales de estas enmarañadas relaciones. Sobre el fundamento de la obligatoriedad de la costumbre, estos autores se decantan por asimilar la Unión con un nuevo Estado que accede a la independencia; estando sujeta al Derecho internacional consuetudinario en vigor al tiempo de su creación; pero manteniendo la posibilidad de rechazar nuevas normas. ¿Quiere ello decir que al tiempo de creación de la Unión pudo oponerse a aquellas costumbres con las que no estaba de acuerdo como algunos autores defendieron con respecto a los Estados que accedieron a la independencia? Es probable que deba buscarse una explicación más sencilla como fundamento de esta sumisión. Se trata de un tema ampliamente estudiado en relación con el Derecho internacional humanitario. Algunos han tratado de buscar ese fundamento señalando que esas normas generalmente son declarativas de Derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, obligarían a estas organizaciones. Desde esta perspectiva, estarían obligadas a cumplir esas normas como reglas generales ampliamente aceptadas por la comunidad internacional, aunque siendo objeto de adaptaciones para superar la óptica esencialmente estatista que predominó en su formulación. Otros han tratado de fundamentar esta vinculación en una posible declaración unilateral de la organización dirigida a acatar esas normas. Otros trazado una analogía con los principios que rigen la sucesión de Estados, en cuya virtud un nuevo Estado se encuentra obligado por las obligaciones de su predecesor. De esta forma, una organización formada por Estados estaría obligada por las obligaciones que vinculaban a sus Estados miembros cuando transfirieron competencias a la organización. Siguiendo una concepción bastante próxima, otros han hablado de la regla *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, que viene a sugerir que la transferencia de competencias que realizan los Estados a la organización llevaría aparejada el conjunto de reglas que limitaban negativamente el ejercicio estatal de esas competencias. Otros, en cambio, han desechado la teoría de la sucesión automática en materia de tratados porque la práctica habría demostrado que este automatismo no se dio en la práctica ni siquiera en los supuestos para los que estaba prevista en el Convenio de Viena de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados, es decir, en los casos de disolución, secesión y fusión; ni tampoco la regla *Nemo plus iuris* parece compatible con el relativismo imperante en Derecho internacional, que hace poco creíble que las reglas que vinculan a los miembros puedan tam-

bién vincular a la organización; que por definición es un sujeto distinto. Sobre este particular, creemos que la tesis sugerida por el recientemente fallecido Profesor Eric DAVID es la más sencilla y la que mejor puede explicar esta cuestión. Según este autor, la razón de la sumisión de las organizaciones a los principios que dimanarían de esos tratados deriva simplemente de la voluntad de los creadores de este nuevo sujeto. Para el ejercicio de determinadas funciones, los Estados crean una organización y la insertan en la esfera de las relaciones internacionales. Y aunque generalmente los tratados constitutivos guardan silencio sobre esta cuestión, el hecho de que la organización haya sido destinada a actuar en el orden jurídico internacional implica necesariamente que los Estados han querido que se comporte de acuerdo con el Derecho internacional general. Que la organización, sujeto derivado, deba actuar conforme al Derecho internacional general se basa simplemente de la voluntad implícita de los sujetos originarios que la crearon.

El capítulo de Fernando Lusa BORDIN ofrece un magnífico contrapunto al de los profesores BINDER y HOFBAUER. Si bien en general se muestra de acuerdo con las conclusiones alcanzadas por aquellos, el Profesor BORDIN cuestiona la caracterización de la Unión como una organización *sui generis* desde la perspectiva del Derecho internacional público, revisando los intentos infructuosos realizados por la Unión (o en su nombre) de exigir un tratamiento singular en el marco del Derecho internacional consuetudinario. Se trata de un análisis interesante que han abordado otros autores como Paolo PALCHETTI o Magdalena LIČKOVÁ; y que varios procesos de codificación demuestran como el debate relativo al nonnato artículo 36 bis del proyecto relativo al derecho de los tratados concluidos entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales; o el más reciente sobre la pretendida singularidad de la Unión en el marco de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Las dos principales conclusiones que alcanza el Profesor BORDIN es que los intentos de abogar por un trato especial para la Unión en el marco del Derecho internacional consuetudinario se han basado más bien en el interés por desarrollar reglas especiales para una subcategoría de organizaciones de integración económica regional, que la Unión personifica; intentos que han encontrado la resistencia de la comunidad internacional. Por lo tanto, es dudoso que la idea de que la Unión es un sujeto *sui generis* de Derecho internacional sea parte de la explicación de por qué y cómo se encuentra obligada por la costumbre internacional. Con todo, el autor reconoce la contribución singular que la existencia y práctica de la Unión realiza para dilucidar la posición que las organizaciones internacionales ocupan en un sistema de Derecho internacional consuetudinario creado por los Estados.

La primera parte del libro la cierra la contribución del Profesor Jed ODERMATT ofreciendo un sólido análisis de la participación de la Unión en la creación de la costumbre internacional a través de la conducta de sus instituciones, precedido de una visión general de los trabajos de la CDI sobre el papel que desempeña la práctica de las organizaciones internacionales en la identificación del Derecho internacional consuetudinario. Entre los interesantes ejemplos que expone sobre cláusulas específicas insertas en sus acuerdos con terceros para salvaguardar las peculiaridades de su ordenamiento jurídico podríamos destacar la relativa al concepto de organización de integración económica regional, cuya amplia aceptación por terceros parece confirmar la práctica de aceptar organizaciones regionales como partes en acuerdos multilaterales, siendo cada vez más difícil justificar jurídicamente una frontal oposición a dicha parti-

ción. Otras veces, se trata más bien de la adaptación de las normas para tener en cuenta la naturaleza singular de la Unión. Por ejemplo, la práctica relacionada con los acuerdos mixtos en los que las cuestiones relacionadas con la firma y ratificación, la aplicación provisional, la terminación y suspensión; y la asignación de responsabilidad se hacen más complejas por la membresía paralela de la Unión y sus miembros.

Los siguientes tres capítulos analizan la costumbre internacional y el Derecho de la Unión, centrándose en las sinergias que esas dos fuentes de potestades y obligaciones pueden generar para la Unión y sus miembros. La Profesora Kirsten SCHMALENBACH analiza la relevancia del Derecho internacional consuetudinario no tanto para las relaciones exteriores de la Unión, sino en sus relaciones internas con sus Estados miembros y entre estos últimos *inter se*; examinando para ello áreas clave que influyen en la esfera interna como pueden ser las relaciones diplomáticas, la inmunidad, la igualdad soberana, el ejercicio de contramedidas y la interpretación, suspensión y terminación de los tratados.

El Profesor PASCUAL VIVES centra su contribución en cómo el TJUE realiza el análisis de los dos elementos, la práctica y la *opinio iuris*, para la identificación de la costumbre internacional, explorando el valor del consenso en sus análisis. En su opinión, la mayoría de las veces el TJUE verifica el *consensus generalis* sobre la existencia de una regla consuetudinaria a través de una referencia a las decisiones de la CIJ, otros tribunales internacionales o incluso los trabajos de la CDI, aunque esto no impide que a veces desarrolle un examen más meticuloso de los dos elementos si su propia existencia está en discusión y su existencia no ha sido declarada en otras fuentes. Podrá determinar si existe evidencia de un acuerdo general a partir de los trabajos de la CDI; mientras que si se trata de resoluciones adoptadas por la Asamblea General, es consciente de que no toda resolución adoptada por consenso en este nivel institucional establece o genera reglas consuetudinarias. Recurrir a conceptos y técnicas de derecho internacional público para identificar la existencia de la costumbre internacional no impide que el TJUE adopte un enfoque particularista como resultado del alto nivel de especialización del Derecho de la Unión, recurriendo a un consensualismo flexible. Como señala el Profesor Pascual Vives, un proceder más audaz en la identificación de la costumbre podría ser excesivo, pudiendo generar la crítica de activismo judicial.

Seguidamente, el Profesor Asier GARRIDO MUÑOZ trata la relación escasamente explorada entre el Derecho de la Unión y las normas imperativas, cuya definición y consolidación es una de las características del Derecho Internacional contemporáneo, ya que se trata de un concepto incompatible con la fundamentación voluntarista a ultranza que caracterizó al Derecho Internacional anterior a la Segunda Guerra Mundial. En efecto, frente a la primacía de la voluntad individualizada del Estado, el *ius cogens* puede ser concebido como la garantía material y formal de un conjunto de intereses y valores generales comunes a la Sociedad Internacional contemporánea, que priman formalmente sobre las normas particulares y que, por tanto, se configuran como los puntales básicos que permiten definir la universalidad y unidad del sistema jurídico-internacional. La práctica del Derecho internacional siempre ha reconocido la presencia de algunas normas que son superiores a otras y a las que, por tanto, debe darse preeminencia. Tras pasar revista a la jurisprudencia del TJUE, considera que mediante técnicas interpretativas el TJUE trata de sortear el carácter imperativo a fin de evitar el conflicto normativo. Sin embargo, es en relación con las normas internas de la Unión donde alcanza

la sugerente conclusión de que ciertas normas fundamentales de este ordenamiento podrían caracterizarse como una forma de *ius cogens* regional.

Los últimos cuatro capítulos analizan la perspectiva interna, revisando el papel que desempeña el Derecho internacional consuetudinario como fuente de derechos y obligaciones según el Derecho de la Unión. En este sentido, el Profesor WERNER SCHROEDER ofrece una visión sólida y reveladora de las reglas estructurales fundamentales que determinan la incorporación, rango e interpretación del Derecho internacional consuetudinario en el ordenamiento jurídico de la UE. También aborda los efectos jurídicos de las normas consuetudinarias en las relaciones entre los Estados miembros y los individuos y entre estos últimos.

El Profesor Andreas Th. MÜLLER se centra en un aspecto particularmente importante y delicado de estos efectos jurídicos, a saber, la cuestión de si las normas del Derecho internacional consuetudinario otorgan derechos y deberes al individuo, es decir, el efecto directo del Derecho internacional consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico de la Unión. Si bien es cierto que existe una amplia jurisprudencia sobre el efecto directo de los tratados internacionales celebrados por la Unión, Müller señala que no está nada claro si esta jurisprudencia puede extenderse a las normas consuetudinarias y en qué medida.

Seguidamente, el Profesor Paul GRAGL reflexiona sobre algunas normas sustantivas del Derecho internacional consuetudinario que han demostrado ser relevantes para el funcionamiento de la Unión. Gragl examina las normas consuetudinarias que se han invocado y aplicado ya sea para interpretar el Derecho de la Unión o para examinar la validez del Derecho derivado. Tras exponer fallos del TJUE que abordan la extraterritorialidad, el derecho de los tratados y otras normas fundamentales del Derecho internacional, sostiene que el TJUE adopta un enfoque instrumental, aceptando la costumbre cuando le sirve para proteger la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, mientras que la rechaza si atenta contra dicha autonomía.

Finalmente, la contribución de la Profesora Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA evita el sesgo común de centrarse exclusivamente en la jurisprudencia del TJUE al analizar la relevancia del Derecho internacional consuetudinario para enfocarse en las instituciones políticas de la Unión: el Parlamento, el Consejo y la Comisión. El documentado estudio de la práctica que ofrece sugiere que estas instituciones aceptan los fundamentos y la obligatoriedad de estas normas para la Unión y para su propio funcionamiento; aunque en ocasiones rechacen ante el TJUE que su incumplimiento conduzca a la invalidez de un acto de Derecho derivado debido al carácter impreciso de la norma en cuestión. En su estudio enfatiza, asimismo, que las referencias al Derecho internacional consuetudinario que estas instituciones realizan son ocasionales, usualmente precisas, no precedidas de la justificación de la naturaleza consuetudinaria de la regla invocada e impulsada normalmente por la conveniencia del momento, de forma similar a los órganos legislativos y ejecutivos a nivel nacional.

Una comparación entre la actitud mostrada por estas instituciones hacia la costumbre internacional y la del Tribunal de Justicia, creemos que nos llevaría a la conclusión de que aquellas son más permeables a la influencia de las normas internacionales. Es cierto que las funciones encomendadas en los tratados a cada una de estas instituciones no son similares, lo cual podría explicar esta diferente actitud. Y es que no debemos olvidar que el Parlamento, el Consejo y la Comisión son, principalmente, instituciones políticas y tienen una función legislativa por

lo que en su quehacer diario se guían no sólo por consideraciones jurídicas, sino también políticas. Sin embargo, el Tribunal asegura que en la interpretación y aplicación de los tratados se observe el Derecho, debiendo, en consecuencia, priorizar consideraciones jurídicas y constitucionales.

Como resultado de todo lo expuesto, creemos que la obra colectiva *The European Union and Customary International Law* constituye un estudio pleno de solidez académica, equilibrado, bien investigado y bien escrito; que todo estudioso del Derecho internacional público y del Derecho de la Unión debería consultar para instruirse sobre una cuestión compleja y con muchas aristas como es la eficacia de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico de la Unión; que lejos de quedar definitivamente resuelta, seguirá generando cuestiones en los próximos años. Sus diez contribuciones no hacen sino poner de manifiesto la importancia que para la doctrina ha ido adquiriendo el tema objeto de estudio, atención probablemente acelerada por los recientes desarrollos de la CDI y los fallos del TJUE.

José Manuel Cortés Martín
Universidad Pablo de Olavide

CALZADO LLAMAS, A.J., *La sustracción internacional de menores: el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 384 pp.

Según datos publicados en octubre de 2023 por la Conferencia de La Haya, las solicitudes de restitución internacional de menores en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 se han duplicado en los últimos 20 años, pasando de 984 en el año 1999, a 2180 en el año 2021. Este aumento es reflejo del importante repunte que ha sufrido el fenómeno de la sustracción internacional de menores en los últimos tiempos, en paralelo al incremento del número de matrimonios mixtos y parejas de diferente nacionalidad.

Con el fin de abordar esta problemática, son numerosos los instrumentos jurídicos elaborados, entre los que destacan el Convenio de La Haya de 1980, y, en el ámbito de la UE, el reciente Reglamento 2019/1111 (en adelante Bruselas II ter), que introduce importantes novedades respecto de su predecesor, el Reglamento 2201/2003. Es este el contexto en el que se enmarca la obra de Antonio Jesús Calzado Llamas, que se ocupa de un tema de gran interés y relevancia en la actualidad como es la sustracción internacional de menores. Pese a ser una temática altamente trabajada por la doctrina, la singularidad de esta obra radica en su enfoque, centrado en el tratamiento monográfico de las novedades introducidas en este campo por el Reglamento Bruselas II ter, lo que confiere un valor distintivo a su contribución.

El objetivo perseguido, por tanto, es analizar las reformas introducidas por el Reglamento Bruselas II ter en relación con el procedimiento de restitución de menores. Para ello, la monografía se estructura en tres capítulos.

El primero de ellos, que lleva por título “El fenómeno de la sustracción internacional de menores y su regulación normativa” supone un acercamiento a la problemática objeto de estudio. En primer lugar, el autor pone de relevancia la vigencia del fenómeno de la sustracción internacional de menores tomando como base datos estadísticos ofrecidos por la Conferencia de La Haya, así como por distintas fuentes estadísticas españolas. Es de destacar, además del trabajo recopilatorio realizado, la obtención, y posterior inclusión en el trabajo, de gráficos remitidos directamente por la Autoridad Central española (la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia). Tras esto, D. Antonio Jesús Calzado Llamas efectúa una presentación del marco normativo que regula la sustracción internacional de menores en nuestro ordenamiento jurídico. Así, realiza un recorrido por la normativa vigente sobre esta materia tanto convencional (destacando el papel del Convenio de La Haya de 1980), como de la UE (con especial atención al Reglamento Bruselas II ter y su proceso de elaboración), y la normativa interna española.

En el segundo capítulo —“La relación de complementariedad entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento 2019/1111”—, el autor aborda la interacción que se produce entre ambos instrumentos jurídicos en materia de sustracción internacional de menores, desde una doble perspectiva.

Por un lado, se centra en la relación de complementariedad a partir del análisis conjunto de los ámbitos de aplicación del texto convencional y del Reglamento (ámbito material, territorial,

personal —centrado en el concepto de “menor”— y temporal). Cabe resaltar que el autor no se limita a un mero análisis descriptivo de los ámbitos de aplicación, sino que hace hincapié en los aspectos más conflictivos y realiza propuestas de mejora. A modo de ejemplo, llama la atención sobre la falta de interacción entre ambos instrumentos en relación con la cooperación entre Autoridades Centrales, al no aplicarse las disposiciones del Reglamento Bruselas II ter sobre cooperación en materia de responsabilidad parental, al trámite de solicitudes de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Para resolver tal situación propone una unificación del régimen jurídico aplicable a estos efectos que permita salvar las dificultades que puede generar la duplicidad de regímenes jurídicos cuando existan cuestiones conexas, como ocurriría en un supuesto de cooperación para dictar medidas provisionales sobre cuestiones de responsabilidad parental en un proceso de restitución de un menor.

Por otro lado, examina la relación de complementariedad teniendo en cuenta el supuesto de hecho que constituye la sustracción internacional de menores en el Convenio de La Haya y en el Reglamento Bruselas II ter. Si bien esta parte podría haberse incorporado en lo relativo al ámbito de aplicación material de ambos instrumentos para evitar reiteraciones, D. Antonio Jesús Calzado Llamas dedica un apartado específico para desgranar los elementos constitutivos del concepto de “traslado o retención ilícitos”. Para ello, profundiza en el alcance que tienen en cada uno de los instrumentos, los conceptos de “traslado ilícito”, “derecho de custodia” y “residencia habitual”. De nuevo, el autor trata de resaltar aquellos aspectos en los que el encaje de ambas normativas plantea alguna problemática. Entre otros, pone de manifiesto que, a los efectos del Reglamento, solo se consideran ilícitas las sustracciones entre Estados Miembros que vulneren un derecho de custodia adquirido por una resolución dictada en un Estado Miembro. De esta manera, si la resolución procede de un tercer Estado, aunque la sustracción tenga lugar entre dos Estados miembros, para el Reglamento no se trataría de un traslado o retención ilícito, mientras que para el Convenio de La Haya sí, lo que choca con el carácter complementario del texto reglamentario respecto del convencional.

El último capítulo —“Análisis de las novedades que introduce el Reglamento 2019/1111 en relación con el procedimiento de restitución de menores”— recoge la parte nuclear de la investigación, que proporciona las claves del nuevo modelo previsto en el Reglamento Bruselas II ter. Así, el autor analiza las principales novedades del Reglamento Bruselas II ter, tanto en relación con el procedimiento de restitución de menores, como en la ejecución de la resolución que pone fin al mismo. En concreto, son ocho las novedades examinadas por D. Antonio Jesús Calzado Llamas: la iniciación del procedimiento de restitución, las medidas para acelerar el procedimiento de restitución, la mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores, las mejoras respecto a la posibilidad del menor de ser escuchado en los procedimientos de restitución, la posibilidad de que la persona solicitante de la restitución sea oída, las medidas provisionales —incluidas las cautelares— en los procedimientos de restitución de menores, la ejecución de la orden de restitución, y el procedimiento posterior a la denegación de la restitución.

Es especialmente reseñable que el autor, más allá de describir estas modificaciones introducidas por el Reglamento Bruselas II ter y su alcance, realice un análisis crítico de las mismas, poniendo de manifiesto algunas cuestiones de la normativa que todavía admiten cierto margen de mejora. A modo de ejemplo, aunque valora positivamente la reforma en relación con la po-

sibilidad del menor de ser escuchado en los procesos de restitución, destaca que todavía no se ha resuelto la heterogeneidad procesal del desarrollo de la audiencia, algo que, a juicio del autor, se podría solucionar con la elaboración de una Directiva sobre las garantías procesales del menor. Es crítico asimismo con el art. 27.5 del Reglamento, al considerar que la posibilidad de dictar medidas provisionales y cautelares por las autoridades del Estado de la sustracción para ser reconocidas y ejecutadas en el Estado de la residencia habitual del menor anterior a la sustracción, puede generar incertidumbre por la distinta apreciación del grave riesgo que hagan ambas Autoridades, lo que podría condicionar la ejecución de la orden de restitución, e incluso que se denegara la restitución del menor.

Otras de las cuestiones problemáticas que apunta D. Antonio Jesús Calzado Llamas, están relacionadas con el recurso a la mediación y el controvertido mecanismo de última palabra. Por un lado, respecto de la mediación, plantea la fragmentación de la competencia judicial internacional que se puede generar al homologar los acuerdos de mediación que van más allá de pactar la restitución o no del menor, y abordan otros aspectos conexos como el derecho de custodia o los alimentos. El autor propone de manera acertada, como solución para mitigar esta situación, el recurso a la prórroga de competencia prevista en el art. 10 del Reglamento Bruselas II ter. No obstante, habría sido deseable reparar en que, de manera paralela a la fragmentación de la competencia judicial internacional para homologar un acuerdo, se puede producir asimismo una fragmentación en su *régimen de reconocimiento y ejecución*, con los obstáculos que ello conlleva. Esta fragmentación no solo puede ocurrir respecto de acuerdos que afectan también a materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter, sino también dentro del propio ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter, debido al doble sistema de reconocimiento y ejecución que prevé, que sí que se desarrolla en la obra. Por otro lado, en cuanto al mecanismo de última palabra, si bien es presentado de forma correcta por el autor, sería merecedor de un análisis más exhaustivo, prestando una especial atención a la interpretación de este mecanismo por el TJUE, y sistematizando las razones de su conveniencia o no a los efectos de su aplicación en la práctica.

Finalmente, aportan valor añadido a la monografía las referencias constantes que realiza el autor al encaje de las normas previstas en el Reglamento Bruselas II ter con la normativa interna española, haciendo hincapié en aquellos puntos en los que nuestra legislación interna no es acorde con el Reglamento. Entre otros, destaca la circunstancia de que la LEC no prevé la posibilidad de declarar la orden de restitución de un menor “provisionalmente ejecutiva”. A juicio del autor, ello entra en contradicción con lo previsto en el texto reglamentario e invita a una revisión de nuestra legislación procesal interna para alinearla con el Reglamento Bruselas II ter.

En definitiva, D. Antonio Jesús Calzado Llamas presenta una visión general sólida y bien estructurada de los aspectos fundamentales de este complejo tema, destacando tanto la relevancia como la actualidad de la cuestión. Se trata de una obra, cuya lectura es recomendable para académicos y prácticos del Derecho, que aporta las herramientas necesarias para aproximarse a los principales desafíos que surgen en los supuestos de sustracción internacional de menores, con el marco jurídico vigente en la actualidad.

María del Carmen Chéliz Inglés
Universidad de Zaragoza

DURÁN MUÑOZ, RAFAEL (Dir.), *Inmigración y retiro en tiempos de BREXIT. Vulnerabilidades y nuevas realidades de la gerontoinmigración*, Tirant Humanidades, Valencia, 2022, 406 pp.

Las personas de edad en un contexto de migración hacia España es el marco genérico donde se sitúan las contribuciones de esta obra colectiva. El conjunto de aportaciones que conforman el libro son el resultado de un proyecto de investigación de la Universidad de Málaga titulado *El lugar europeo de retiro en la encrucijada del Brexit: nuevas realidades de la gerontoinmigración* (ref. UMA 18-FEDERJA-121), cuyo investigador principal es el profesor RAFAEL DURÁN MUÑOZ. El trabajo puede ser considerado como la *tercera entrega* de una investigación de largo aliento sobre la migración transfronteriza de personas de edad (*gerontoinmigración* es el término elegido por los investigadores). En cierta medida puede afirmarse que es el colofón de los trabajos iniciados en 2005 por el Grupo de Investigación consolidado intitulado *Inmigración y Envejecimiento en Europa* (SEJ-267, Junta de Andalucía). Si en el año 2005 la aproximación al fenómeno de la migración de personas de edad se centró en los *retirados europeos* asentados en municipios españoles (*El lugar europeo de retiro*, Comares, 2005), en el año 2018 se abordó la cuestión del acceso a la sanidad en la *migración de retiro* (*Sanidad transfronteriza y libertad de circulación*, Tirant lo Blanch, 2018).

Ahora, en 2022, el Grupo de investigadores retoma las anteriores problemáticas con una visión renovadora que se ordena en torno a dos grandes ejes. El primero, de corte cuantitativo-cuantitativo con la variable de la vulnerabilidad como objeto de estudio, así como la pregunta acerca de los posibles cambios en las pautas de estilo de vida de los retirados europeos y no europeos en las sociedades de acogida post-BREXIT (Capítulos 1 a 3, de RAFAEL DURÁN). El segundo eje, de tipo material, buscando las respuestas normativas a problemas particulares en el escenario jurídico post-BREXIT (capítulos 4 a 10). Así: a la asistencia sanitaria se destina el capítulo 4 (a cargo de ELSA M. ÁLVAREZ); de las pensiones y del Ingreso Mínimo Vital se ocupa el capítulo 5 (a cargo de FRANCISCO LOZANO); a las obligación de alimentos entre parientes y la reclamación de alimentos en supuestos transnacionales se destinan los capítulos 6 (a cargo de BLANCA SILLERO / YOLANDA DE LUCCHI) y 7 (a cargo de MAYTE ECHEZARRETA), respectivamente; a los problemas de vivienda en los lugares de retiro se destina el capítulo 8 (a cargo de MANUEL MORENO); los problemas de la residencia habitual y adquisición de la nacionalidad española son abordados en el capítulo 9 (a cargo de MAYTE ECHEZARRETA, LUCÍA SERRANO Y BEGOÑA FERNÁNDEZ); y, por último, los aspectos fiscales son tratados en el capítulo 10 (a cargo de Andrés García).

La referencia al BREXIT resulta extremadamente interesante y útil para quienes estén interesados en entender, desde los diversos ángulos teórico-prácticos, cómo impacta en la vida de los británicos retirados en España el abandono de la Unión Europea por parte del Reino Unido. Y es que, más allá del factor climático, ser atendido en España es todavía un atractivo para esta población de retirados británicos si tenemos en cuenta el registro de ciudadanos de esta nacionalidad que acuden a la sanidad pública española (p. 14). Las implicaciones urbanísticas, sociosanitarias, administrativas, fiscales e incluso políticas de esta *migración envejecida* asentada en España son significativas. Este libro nos ofrece claves relevantes que deben ser tomadas en consideración por los poderes públicos a la hora de diseñar políticas públicas correctas

en los niveles de gestión local (municipales y autonómicas). Las posibles vulnerabilidades de estas personas están muy relacionadas con su nivel de vida, edad, poder adquisitivo y perspectivas de retorno. Por eso, conocer en qué situación administrativa se encuentran, quién se hace cargo de sus cuidados (familiares, allegados, sanidad pública), cómo afrontan su integración en la sociedad de acogida, así como otros problemas de índole fiscal, pensiones, sucesiones e incluso urbanístico son elementos de análisis a los que esta obra da respuestas.

En el *capítulo 1* (DURÁN:13-30) contextualiza el fenómeno e introduce las aportaciones capitulares de cada autor a modo de introducción general a la obra. En el *capítulo 2* (Durán: 31-70), examina “los datos en España” a la luz de 3 variables (edad, procedencia y lugares de retiro) con el objetivo de comprobar el carácter diverso del este colectivo y su alcance. Estas variables permiten una clasificación por grupos, ya apuntada por anteriores investigadores (ECHEZARRETA, 2005). La taxonomía de situaciones se agrupa así en siete grupos o perfiles (pp. 37 a 42). De utilidad en la medida en que permite dos concreciones: por una parte, la normativa aplicable (internacional, europea e interna) y, por otra parte, la detección de las carencias y vulnerabilidades específicas para cada grupo concernido. De esta manera, el concepto de “vulnerabilidad” puede quedar mejor delimitado en función del problema o aspecto concreto del que nos ocupemos y el perfil (situación personal) de la persona concernida. Aunque una clasificación de personas “por perfiles” lleve implícito, casi siempre, el sesgo de subjetividad del analista y el riesgo obsolescencia por el transcurso temporal y por la propia evolución social, no es menos cierto que esta clasificación mejora la comprensión de los ángulos de análisis del fenómeno y permite una ordenación más clara de los problemas y sus posibles soluciones. Esta obra lo consigue con creces y es por ello por lo que conviene detenerse en su contenido y breve descripción (pp. 37-42): (1) Gerontoinmigrantes de retiro o de estilo de vida; (2) Gerontoinmigrantes retirados o envejecidos; (3) Gerontoinmigrantes reunidos o reagrupados; (4) Gerontoinmigrantes nacionalizados; (5) Gerontoinmigrantes retornados; Gerontoinmigrantes (re)nacionalizados; y (7) Gerontoemigrados. Dicho lo anterior, en el *capítulo 3* (DURÁN: 71-103), explora el lado vulnerable de la *gerontoinmigración de retiro* y lo hace tomando en cuenta cuatro dimensiones (personal, heredada, social e institucional). Este diseño metodológico es tributario de una previa revisión de la literatura científica acerca de la vulnerabilidad de este perfil de personas mayores retiradas. Las dimensiones de la vulnerabilidad y su descripción son extraídas de la muestra (encuesta propia) realizada en Mijas (Málaga) entre septiembre y diciembre de 2020. El cuestionario de 60 preguntas permitió obtener una muestra de 140 personas (N=140). No es del todo significativa como reconoce el autor, debido, entre otros, a las dificultades del momento (pandemia y postpandemia COVID19). No obstante, afirma su validez en términos descriptivos y de análisis (p. 80-81). Coincidimos en que estas personas fueron especialmente vulnerables en la soledad del confinamiento durante el COVID19.

En el *capítulo 4* (ÁLVAREZ: 105-144) se examina el derecho a la asistencia sanitaria en la UE con anterioridad al Brexit y las consecuencias jurídicas para esta asistencia, tras la salida del Reino Unido. Tras poner de relieve la normativa europea sobre prestación de asistencia sanitaria, la autora recuerda su carácter asistemático (pp. 114-122), las dificultades de armonización, con las implicaciones en el mercado único europeo y el acceso a prestaciones concretos en función de la conexión del ciudadano europeo con el territorio donde solicita la asistencia (pp. 124-134). Tras el Brexit, recuerda la autora que ha de estarse al Acuerdo de Retirada, así como

a sucesivos acuerdos bilaterales (Protocolos) que vaya adoptando la UE con el Reino Unido. Justamente debido a estos acuerdos y protocolos, la cobertura sanitaria en España y en el resto de los Estados miembros para los ciudadanos británicos y viceversa queda garantizada, con la excepción de la asistencia sanitaria para españoles que se desplacen a Gibraltar (en fase de negociación al cierre de la obra).

En relación con las pensiones y al ingreso mínimo vital tras el Brexit, el *capítulo 5* (LOZANO: 145-186) examina la normativa vigente tras el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido (31/12/2020) y su Protocolo sobre coordinación de la Seguridad Social. Sobre esta base, analiza, a la luz de los perfiles de gerontoinmigrantes indicados en el capítulo 2, quiénes pueden acogerse a esta normativa y su interacción con la Ley 19/2021, de 20 de diciembre sobre el ingreso mínimo vital (IMV). Este Protocolo sustituye las reglas anteriores de modo que va a permitir a los ciudadanos británicos tener el mismo tratamiento que el resto de los ciudadanos UE a pesar de ser un tercer país. Es importante señalar que esta diferencia de trato entre ciudadanos británicos retirados en España y los nacionales de terceros países queda en cierta medida paliada cuando existe algún acuerdo o tratado bilateral en materia de seguridad social. Las conclusiones del estudio señalan que a los ciudadanos británicos gerontoinmigrantes de retiro les es aplicable el principio de exportación de prestaciones en el país de su residencia y a los retirados se les computarán las cotizaciones efectuadas a lo largo de su vida laboral en los diferentes países de la UE donde hubiere trabajado por cuenta ajena. Sin embargo, los nacionales de terceros países habrán de estar a lo dispuesto en el convenio internacional de seguridad social (bilateral o multilateral) siempre que exista (pp. 183-184). En cuanto al IMV, dado que el legislador sigue el criterio de residencia y no el de nacionalidad, su acceso alcanza tanto a los gerontoinmigrantes reagrupados como a los nacionalizados y a los retornados.

Los *capítulos 6 y 7* de la obra examinan la obligación de alimentos entre parientes en una doble perspectiva: material (cap. 6) y conflictual (cap. 7). En el *capítulo 6* (SILLERO / DE LUCCHI: 187-227) se examina la vertiente asistencial de la prestación de alimentos y su régimen jurídico en el Derecho civil español. La idea es poner de relieve el tratamiento jurídico en el Código civil de los sujetos especialmente vulnerables y la regulación de la obligación de pago, así como de los sujetos obligados al mismo (parientes o familiares y eventualmente el Estado). Junto al régimen jurídico español, se da cuenta brevemente de la normativa reguladora de la obligación de alimentos en Francia, Alemania y Finlandia. Con apoyo en la jurisprudencia del TS, se examinan algunos de los problemas relativos al nacimiento del derecho, la cuantía, la ejecución del pago, la extinción de la obligación y el derecho al reembolso de los pagos en concepto de alimento asumidos por la entidad pública. Terminan las autoras proponiendo una revisión en profundidad de la normativa civil de régimen común, con el fin de que la solidaridad familiar y la estatal se coordinen de manera más eficiente. La perspectiva conflictual de la obligación de alimentos se aborda en el *capítulo 7* (ECHEZARRETA: 229-267). Este capítulo es especialmente interesante en el conjunto de la obra dedicada, como queda dicho, a la vulnerabilidad de las personas mayores en movimiento y, por ende, ante situaciones de tráfico jurídico externo donde la pluri conexión de los diferentes ordenamientos jurídicos constituye todo un desafío regulatorio. Sobre todo, teniendo en cuenta la hiperinflación normativa en esta materia de alimentos. El capítulo da

cuenta de la respuesta normativa a las preguntas clásicas del Derecho internacional privado: qué tribunal conoce de una reclamación transfronteriza (pp. 240-249), qué ley material será la aplicable de entre las conectadas al supuesto (pp. 249-254) y cómo se reconoce y ejecuta en España una resolución dictada en otro país (pp. 254-260), sin olvidar que el punto de anclaje de las respuestas es el riesgo de vulnerabilidad de los adultos mayores, y, en concreto, los gerontoinmigrantes de retiro residentes en España. Todo ello con aporte significativo de la jurisprudencia (española y del TJUE). Finalmente, hay que señalar que la mención al Convenio de La Haya de 2000 sobre protección de adultos (pp. 234-236) y la necesidad de que España se adhiera al mismo, aunque no desconoce los debates sobre las dificultades de implementación de las medidas de protección establecidas en el CH 2000.

La perspectiva de la vivienda desde el derecho urbanístico y cómo afecta a los gerontoinmigrantes de retiro se aborda en el *capítulo 8* (MORENO: 269-309). La ecuación vivienda-vulnerabilidad es particularmente interesante en este análisis. Partiendo de los datos del Registro de la Propiedad resulta que, pese al Brexit, la compra de vivienda por ciudadanos británicos en 2020 representó el 13% del total de las adquisiciones por parte de extranjeros en España. Este dato, sin embargo, no debe llevarnos a una apreciación apresurada acerca de la realidad migratoria de quienes adquieren una vivienda en España ya que, como bien se distingue en este capítulo, no es lo mismo el turismo residencial que la migración residencial, siendo esta última la que concierne a los gerontoinmigrantes de retiro o retirados en España. Centrado en el territorio costero y colindante, con un urbanismo expansivo descontrolado desde mediados de los años sesenta del pasado siglo, el impacto sobre los núcleos urbanos ha seguido el modelo de ciudad difusa (p. 277) con las consiguientes reformas normativas en materia de suelo y urbanismo. Tras examinar las consecuencias de este modelo expansivo en España (ambientales, económicas, productivas, de movilidad, etc.), el autor reclama y propone un modelo urbano más sostenible al que denomina “la ciudad compacta y amigable con los mayores” (pp. 284-288). El último apartado del capítulo aborda el asunto de la vivienda ilegal como factor de vulnerabilidad de los gerontoinmigrantes de retiro. Con ejemplos de algunos de estos abusos urbanísticos, analiza las medidas públicas que se han ido adoptando merced al movimiento asociativo de los propios ciudadanos extranjeros afectados ofreciendo algunas respuestas jurídicas adoptadas, aunque insuficientes como reconoce el autor (protección del tercer adquirente de buena fe, la protección y seguridad jurídica del Registro de la Propiedad y ejecución de sentencias a la luz de la LJCA respecto de los adquirentes de buena fe).

El *capítulo 9* está dedicado a una cuestión de relevancia práctica innegable, como es el tránsito de la residencia habitual a la nacionalidad española de los gerontoinmigrantes (ECHEZARRETA / SERRANO / FERNÁNDEZ: 311-358). La pregunta de investigación trata de comprobar si la adquisición de la nacionalidad española es de interés para los gerontoinmigrantes, con especial referencia a los británicos residentes en España. La respuesta toma como elemento de contraste las estadísticas oficiales del Ministerio de Justicia resultando que para los ciudadanos británicos la adquisición de la nacionalidad española no parece ser especialmente atractiva. Ello debido, en parte, a que la integración en la sociedad española no es un objetivo que se logre con el cambio de nacionalidad, sin perder de vista que no existe un marcado sentimiento identitario con España. Al contrario, como se revela en esta investigación, el interés prioritario de los británicos parece ser conservar su *statu quo privilegiado*. Las autoras dictaminan con acierto

que la creación de una identidad con la sociedad de acogida no es el objetivo, antes bien lo que se busca es una *ciudadanía económica y sanitaria*. Una parte nuclear del capítulo se dedica al examen de las vías de acceso a la nacionalidad española por naturalización. Básicamente, la adquisición por residencia, pues como es sabido su legalidad es requisito para la adquisición lo que evidentemente lleva a examinar el régimen jurídico de entrada y residencia en nuestro país aplicable a los ciudadanos de la UE (y, por ende, a los británicos antes del BREXIT) en virtud del RD 240/2007. En este sentido, se examinan las situaciones de residencia de británicos antes del Brexit y las condiciones de adquisición de residencia, transcurrido el periodo transitorio, para los británicos que ingresen en España que pasarán al régimen general de extranjería (LO 4/2000 y RD 557/2011). Igualmente, se destinan dos apartados al examen de la buena conducta cívica y del suficiente grado de integración en la sociedad española como requisitos a justificar en la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

El *capítulo 10*, finalmente, aborda los aspectos fiscales centrados en tres vertientes: la residencia fiscal y la doble imposición internacional, el tratamiento de las pensiones en los convenios de doble imposición y los aspectos fiscales de las sucesiones transfronterizas (GARCÍA: 359-400). Respecto de la residencia fiscal se examina la normativa interna e internacional destacando el concepto de residencia habitual y los criterios que los conforman (permanencia física, centro de intereses económicos y centro de intereses vitales en el territorio del Estado (de acuerdo con la LIRPF). En relación con la doble imposición internacional, se aboga por la eliminación dado que se constata, en la gerontoinmigración de retiro, una doble residencia fiscal del contribuyente merced a los criterios de vinculación con el territorio existentes en dos o más Estados. En este sentido, pone de manifiesto cómo se determina la residencia fiscal de las personas físicas en los convenios para evitar la doble imposición y el tratamiento de las pensiones en estos mismos convenios. En el epígrafe III se ejemplifica las medidas (régimenes fiscales) que pueden incentivar la llegada y establecimiento de gerontoinmigrantes de retiro. En concreto, el sistema italiano, griego y portugués. Un último epígrafe apartado se destina a los aspectos fiscales de las sucesiones transfronterizas y que pueden afectar a la persona retirada que fallece en España. El aspecto fundamental que destaca desde el punto de vista fiscal es el posible trato discriminatorio (mayor gravamen / diferencias de trato fiscal) de la sucesión con conexiones internacionales frente a los supuestos meramente internos.

Como es sabido, el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio excluye de su ámbito de aplicación material las cuestiones fiscales pues se trata de un reglamento de Derecho internacional privado centrado en sus problemas o sectores clásicos (competencia, ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de resoluciones, la aceptación de ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y la creación de un certificado sucesorio europeo). La STJUE en el asunto C-127/12 de 3 de septiembre de 2014 abordó esta cuestión precisamente contra España y declaró que la normativa española sobre el ISD es contraria al derecho de la Unión (ausencia de justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato fiscal). Si bien es cierto que España ha adaptado su normativa interna sobre la fiscalidad de las sucesiones internacionales para ajustarse a las exigencias del Derecho de la Unión y la ha extendido a residentes de terceros países, el autor aboga por una adecuación del sistema tributario general español a las expectativas de los gerontoinmigrantes de retiro, en la misma línea que otros países de nuestro entorno geográfico.

En definitiva, estamos ante una obra de extraordinario interés teórico y práctico, que contribuye, con una visión transversal, al conocimiento y desarrollo de una de las líneas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas en la medida que propugna procesar y publicar datos sobre las personas de edad en contextos migratorios a fin de reforzar las políticas públicas y la planificación, así como la protección de los derechos de estos grupos humanos especialmente vulnerables, *sin dejar a nadie atrás*.

Como señala la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002,

El potencial de las personas de edad es una sólida base para el desarrollo futuro. Permite a la sociedad recurrir cada vez más a las competencias, la experiencia y la sabiduría que las personas de edad aportan, no sólo para asumir la iniciativa de su propia mejora, sino también para participar activamente en la de toda la sociedad.

Marina Vargas Gómez-Urrutia
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

ESPÓSITO, C. y PARLETT, K. (Eds.), *The Cambridge Companion to The International Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, 528 pp.

La mayoría de los internacionalistas nos congratulamos de que se sigan publicando trabajos sobre la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y si uno de ellos cae en nuestras manos, la reacción instintiva es la de abrir el libro y ojear el índice. Movida por esa curiosidad intelectual, pude hacerme una idea de la importancia y calidad del obsequio que acababa de hacerme uno de los editores de la obra. Su lectura no ha hecho más que confirmarlo.

La Corte Internacional de Justicia representa la institución central del sistema de arreglo judicial de las controversias interestatales, pues es el único tribunal universal y de competencias generales existente. En sus decisiones, es posible distinguir dos grandes grupos de cuestiones. Por un lado, la CIJ ha emitido pronunciamientos que hablan de ella y su procedimiento y que han permitido clarificar cuestiones que en sus normas no habían quedado aquilatadas. Por otro, se encuentran los pronunciamientos relacionados con aspectos sustantivos del Derecho Internacional (DI).

Siendo el órgano judicial de las Naciones Unidas y sucesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), la CIJ ha resuelto litigios de gran trascendencia y ha acumulado un acervo jurisprudencial que ha facilitado la determinación de la existencia y contenido de las normas consuetudinarias y que ha coadyuvado al desarrollo progresivo del DI. Además, las declaraciones, opiniones separadas o disidentes que las acompañan contribuyen a la reflexión sobre las insuficiencias de este ordenamiento jurídico e inspiran la práctica y la labor convencional de Estados y Organizaciones Internacionales.

Como indican los propios editores, la obra a la que se dedica esta breve reseña ofrece un estudio profundo, reflexivo, crítico y actualizado del papel del Tribunal, su práctica y el impacto de su jurisprudencia. En su conjunto *The Cambridge Companion to the International Court of Justice* nos brinda tanto reflexiones profundas muy al gusto de los especialistas en DI, como aportaciones más descriptivas e introductorias sobre esta instancia judicial. Esto último permite a este libro abrirse a un público no especializado pero interesado en conocer a la CIJ, el papel que desempeña en el arreglo pacífico de las controversias y su contribución a la clarificación y desarrollo del DI.

La obra editada por los profesores Espósito y Parlett está estructurada en tres partes. La parte I (Capítulos 1-5) sobre el papel de la Corte; la II (Capítulos 6-13) se dedica a la Corte como medio de arreglo pacífico de las controversias internacionales, y la III (Capítulos 14-22) se centra en el análisis del impacto que ha tenido la jurisprudencia de la CIJ en las principales áreas del DI. En la introducción que hacen los profesores Espósito y Parlett se hace mención a las cuestiones tratadas en cada uno de los capítulos y, en consecuencia, resulta ocioso incluir, en este momento, una referencia similar. Los editores me han brindado la oportunidad de hacer una reseña menos canónica y me han liberado de realizar un análisis ordenado del contenido de la obra y de cada uno de los capítulos.

The Cambridge Companion of the International Court of Justice analiza algunos aspectos que suscita la Corte y su trabajo, como su organización, competencia, *ius standi*, los fundamentos

de su competencia, el procedimiento ante la CIJ, las sentencias y sus efectos. Además, no olvida la cuestión relacionada con la actividad de la Corte y su convivencia con otros tribunales internacionales que se estudia desde el doble prisma de la integración y la fragmentación y en cuyo análisis la profesora Philippa Webb advierte de que el riesgo de fragmentación es pequeño y apunta la necesidad de que la CIJ se muestre más abierta en la apreciación de las decisiones de otros Tribunales, práctica que, aunque iniciada en las últimas décadas, resulta aún insuficiente.

En relación con la Corte como órgano judicial de las Naciones Unidas, la obra que ahora re-
censionamos nos brinda una presentación general de la CIJ escrita por el juez Crawford, Freya
Beatens y Rose Cameron, y análisis generales sobre su organización, en particular, sobre la
elección de los jueces, sus relaciones con los participantes y la forma de adopción de decisio-
nes—. Mención especial se hace al entorno en el que la Corte desarrolla su labor, incidiendo
en sus relaciones con los Estados como parte en la competencia contenciosa y con los demás
órganos de Naciones Unidas. Las limitaciones que encuentra la Corte para resultar eficaz en
la resolución de las controversias internacionales se han tenido en cuenta a la hora de hacer un
balance general de su efectividad.

Siendo la Corte un medio jurisdiccional cuyo Estatuto le encomendó la solución de las contro-
versias mediante la aplicación de las fuentes del DI, la obra que estamos comentando contiene
un análisis crítico del artículo 38 del Estatuto de la CIJ en el que queda patente que la Corte ha
demostrado tener un impresionante dominio de las mismas.

La competencia de la Corte es objeto de presentaciones tanto generales, como otras más ex-
haustivas en las que se incide, por ejemplo, en la cuestión del *ius standi*. Otros condicionantes
de su actuación, como la imperiosa necesidad del consentimiento de las partes, podrían haber
sido estudiados con más detenimiento, pues la apreciación de su existencia por la CIJ ha sido,
en ocasiones, contestada por la doctrina y por los propios jueces.

A las cuestiones relacionadas con el procedimiento contencioso se han dedicado varios capítu-
los que profundizan en algún procedimiento incidental, como es el caso de las medidas caute-
lares; en las cuestiones relacionadas con las pruebas, su tratamiento por la Corte y su forma de
proceder respecto de la determinación de los hechos; el desarrollo del procedimiento, tanto en
su fase escrita como oral, con especial referencia a su regulación y la evolución de la misma
para dotarla de flexibilidad. No podía faltar, en una obra de estas características, un análisis de
la labor de los abogados internacionales ante la CIJ y las amplias dotes persuasivas que deben
desplegar, así como su importante papel en la fase pre contenciosa.

The Cambridge Companion of the International Court of Justice dedica especial atención a la
contribución que ha hecho la Corte en pro de la clarificación y el desarrollo del DI. Además
de una referencia general al problema en la primera parte, los diferentes capítulos incluidos en
la tercera parte efectúan un análisis exhaustivo de las contribuciones que la CIJ ha hecho en
materia de Derecho de los tratados, particularmente respecto de las reglas de interpretación y
de concurrencia; disputas territoriales, ámbito en el que la Corte representa la única estancia
judicial a la que los Estados pueden acudir; el Derecho del Mar, en el que la jurisprudencia
de la Corte ha resultado especialmente valiosa en la solución de controversias relativas a la
delimitación de espacios marinos; el Derecho del Medio Ambiente, ámbito en el que se espera

que, pese a las limitaciones y la concurrencia con otros órganos jurisdiccionales, la Corte haga más aportaciones relevantes, o la responsabilidad internacional del Estado, las inmunidades de jurisdicción o la prohibición del uso de la fuerza, esferas en la que las aportaciones de la Corte han resultado esenciales en la consolidación y desarrollo de las normas internacionales.

El análisis del impacto de la jurisprudencia de la Corte culmina con un estudio sobre la incidencia de sus pronunciamientos respecto de las organizaciones internacionales, en especial respecto de los poderes implícitos y termina con unas referencias al impacto que recientemente está teniendo en materia de derechos humanos. En las últimas décadas se ha podido comprobar que, al margen de los supuestos relacionados con la Convención para la prevención y sanción del delito del genocidio o las cuestiones sobre la libre determinación de los pueblos, las controversias entre Estados o las solicitudes de opiniones consultivas pueden tener componentes relacionados con derechos fundamentales y que la Corte también puede contribuir a su defensa.

De cara al futuro, esperamos que la Corte Internacional de Justicia siga enriqueciendo el DI. Alguna de las cuestiones pendientes en el ámbito de su competencia consultiva puede tener una especial trascendencia en relación con la supervivencia de algunos Estados y en materia de derechos humanos; nos referimos a la consulta efectuada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las obligaciones de los Estados en materia de cambio climático. La opinión de la Corte, sin ser vinculante, podría tener repercusión en las políticas de protección del medio ambiente y favorecer un mayor compromiso de los miembros de la comunidad internacional en defensa de la naturaleza.

The Cambridge Convention of the International Court of Justice no ha podido abarcar la totalidad de las cuestiones que se plantean en torno a la CIJ y su jurisprudencia. Resultaría muy estimulante que los aspectos no abordados ahora, así como los avances que las decisiones de la Corte vayan aportando, sean motivo para la edición de un nuevo libro en la materia.

Como ya se dijo al principio de esta presentación, la calidad las contribuciones recogidas en este libro y las reflexiones que suscitan en torno a la Corte y el rol que le corresponde en el DI, hace que nos encontramos ante una obra de consulta obligada para todos aquellos que desarrollan actividades, teóricas o prácticas, en relación con la CIJ. Estamos persuadidos de que el Secretario de la Corte tomará cuenta de esta publicación para incorporarla a su Bibliografía. No cabe mejor forma de honrar la memoria del juez James Crawford.

Esperanza Orihuela Calatayud
Universidad de Murcia

ESTRADA TANCK, D., *Nuevos horizontes en la protección internacional de los derechos económicos y sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 218 pp.

La publicación en España de esta monografía dedicada a los derechos económicos y sociales es bienvenida, pues ayuda a colmar una laguna evidente en los estudios sobre ese sector del DIDH, injustamente relegado durante decenios. Tiene además un valor añadido: no se trata del resultado de una investigación académica al uso, aunque la autora sea profesora de la Universidad de Murcia. La originalidad de la obra radica en que la autora es además miembro y presidenta del *Grupo de trabajo sobre la discriminación de las mujeres y las niñas*, uno de los 51 mandatos temáticos que forman parte de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, muchos de ellos desconocidos en España. Esa posición le ofrece un observatorio privilegiado para hacer un balance de las aportaciones del Comité DESC (uno de los diez órganos que controlan la aplicación de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas) (pp. 41 y ss.) y de un ramillete de procedimientos especiales temáticos del Consejo de Derechos Humanos (pp. 46 y ss.), al desarrollo de la protección internacional de los derechos económicos y sociales. Es también un acierto poner de relieve los aportes más originales de los sistemas regionales de derechos humanos (pp. 66 y ss., 195-196).

Entre los antecedentes, se destaca que la Declaración de Viena (1993) afirmó que la extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana. El Programa de Acción de Beijing (1995) decidió como primer objetivo atender la pobreza de las mujeres. Entre los objetivos de desarrollo del milenio (2000) figuraba la reducción de la extrema pobreza. Y la Agenda 2030 sobre los objetivos de desarrollo sostenible (2015) estableció como prioridad absoluta la erradicación de todas las formas de pobreza en el mundo (p. 58).

Aunque el art. 2 del Pacto permite a los Estados realizar los DESC de forma progresiva (p. 119), el Comité DESC precisó en sus observaciones generales que el Pacto impone a los Estados la adopción de medidas inmediatas en la eliminación de la discriminación, cumplir un mínimo de obligaciones básicas y no adoptar medidas regresivas (pp. 63 y 120). La entrada en vigor del Protocolo facultativo permitió al Comité DESC abordar la pobreza, la desigualdad económica y la injusticia social desde una perspectiva de derechos humanos, considerando los DESC como “derechos de igualdad” (p. 66).

En el ámbito regional europeo, el art. 30 de la Carta Social Europea revisada (en vigor desde 1999) reconoce el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, lo que supone que el Estado deba promover el acceso efectivo de las personas en esa situación al empleo, la vivienda, la formación, la educación, la cultura y la asistencia social y médica (p. 71). El Protocolo de 1995 —aceptado por España en 2021— autoriza al Comité Europeo de Derechos Sociales a recibir reclamaciones colectivas, pero no denuncias individuales (pp. 73-74).

Por lo que se refiere al sistema interamericano de derechos humanos, es significativo que el art. 11 del Protocolo de San Salvador (en vigor desde 1999) establece el derecho a un medio ambiente sano, acuñando esa región la expresión DESCAs para designar un conjunto indisoluble de derechos, mientras que en el ámbito universal el derecho a un medio ambiente sano como derecho humano no fue reconocido por el Consejo de Derechos Humanos hasta 2021 (p. 82) y por la Asamblea General en 2022 (res. 76/300, de 28 de julio de 2022). Tal derecho había

sido afirmado también por la Corte IDH en su opinión consultiva 23/17 (2017) sobre medio ambiente y derechos humanos. En el marco de su jurisdicción contenciosa, la Corte IDH señaló en 2017 violación a los derechos sociales protegidos en el art. 26 CADH (caso *Lagos del Campo vs. Perú*); y desde 1999 defendió el derecho a la vida digna a partir del caso *Niños de la calle (Villagrán Morales vs. Guatemala)*, obligando al Estado a adoptar medidas para asegurar a esos niños en riesgo una existencia digna (p. 87); o para prevenir la muerte por inanición de miembros de una comunidad indígena (*Comunidad Xakmok Kásek vs. Paraguay*, 2010). Ya en 2020 la Corte IDH concluyó violación de la igual protección de la ley, la prohibición de discriminación y del derecho al trabajo de las personas fallecidas y las sobrevivientes a la explosión (caso *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*) (pp. 88-89).

Del sistema regional africano cabe resaltar que la Carta ADHP reconoce como derechos colectivos tanto el derecho de todos los pueblos al desarrollo económico, social y cultural (art. 22), como el derecho de los pueblos a un entorno general satisfactorio y favorable a su desarrollo (art. 24) (p. 91). Cara al futuro, es prometedor el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo de 2008) que, cuando entre en vigor, podrá determinar la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales, así como la responsabilidad penal de las empresas por violación de los DESC (p. 100).

A continuación, la autora regresa al sistema universal de protección de los derechos humanos para abordar una parte medular de su monografía, centrada en el Comité DESC, el Protocolo facultativo del PIDESC y su impacto en España. Comienza describiendo con detalle la larga historia de la negociación y adopción del Protocolo facultativo (pp. 102 y ss.) a partir de un primer proyecto preparado por el propio Comité DESC y presentado a la entonces Comisión de Derechos Humanos en 1997 (p. 107), la cual decidió en 2003 crear un grupo de trabajo de composición abierta para continuar el proceso de codificación del futuro protocolo. La presidencia del grupo recayó en Catarina de Albuquerque (Portugal), quien supo conducir las negociaciones con habilidad, a pesar del poco interés que mostraron los Estados occidentales en el proyecto de protocolo, cuando no oposición (Suecia, Canadá).

En 2008 se adoptó el texto definitivo de PF mediante el que se habilita al Comité DESC para recibir quejas individuales (y no reclamaciones colectivas) por presunta violación de alguno de los derechos reconocidos en el Pacto, incluido el derecho de libre determinación (p. 110) y examinarlas siguiendo un procedimiento inspirado en el de los demás comités que reciben quejas individuales. Como particularidad, el art. 5 autoriza al Comité DESC a adoptar medidas provisionales para evitar posibles daños irreparables a la víctima (p. 111), desarrollado en el art. 7 del reglamento del Comité DESC de 2022 (doc. E/C.12/5, de 3 de mayo de 2022); el art. 13 a solicitar al Estado que adopte medidas de protección a favor de las personas bajo su jurisdicción, para que no sean sometidas a malos tratos o intimidación como consecuencia de su relación con el Comité DESC (p. 134); el art. 7 a poner sus buenos oficios a disposición de las partes para intentar una solución amigable de la cuestión que sea respetuosa con las disposiciones del Pacto (p. 133), desarrollado en el art. 20 del reglamento de 2022; y el art. 9 del mismo reglamento prevé la presentación de *amicus curiae* o presentaciones de terceros que puedan ser pertinentes para pronunciarse sobre una queja determinada.

El art 11 PF, que debe ser aceptado expresamente por los Estados partes, autoriza al Comité DESC a realizar investigaciones de oficio ante situaciones de violaciones graves o sistemáticas de los derechos reconocidos en el Pacto. Las investigaciones, que podrán incluir una visita al Estado, serán confidenciales y se conducirán en estrecha cooperación con el Estado (p. 112), de conformidad con el art. 36 del reglamento de 2022. El informe de investigación será confidencial y se invitará al Estado interesado a formular sus observaciones. Concluido el procedimiento, el Comité DESC, previa consulta al Estado, podrá decidir incluir un resumen de los resultados de la investigación en su informe anual, que es público. Este procedimiento, que ha sido aceptado por solo cinco Estados (entre los que no se encuentra España), no ha sido utilizado todavía por el Comité DESC. Lo mismo ocurre con el procedimiento de quejas interestatales que prevé el art. 10 PF (p. 117). Por último, el art. 14.3 prevé el establecimiento de un fondo fiduciario para prestar asistencia técnica a los Estados que lo soliciten para promover el ejercicio de los DESC (p. 112).

En vigor desde 2013, el PF ha sido ratificado por 26 Estados, incluida España. Las quejas son tramitadas por el Comité DESC siguiendo el procedimiento común a todos los comités que reciben quejas, que se contiene en el reglamento del Comité DESC de 2012 y que la autora describe en las pp. 123-132. Como particularidad, se pone de relieve que el art. 4 PF permite al Comité DESC negarse a considerar una queja que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que entienda que la queja plantea una cuestión grave de importancia general (p. 134). Se trata de una concesión a los Estados más reacios a aceptar el PF, pero no constituye un requisito específico de admisibilidad. Más bien el art. 13.2 del reglamento de 2022 faculta al Comité DESC para llegar a esa conclusión ponderando la naturaleza de los derechos presuntamente violados, la gravedad de tales violaciones y sus posibles efectos en la situación personal de la víctima (p. 135).

La autora observa con acierto que en los primeros años de desarrollo jurisprudencial en el marco de las quejas individuales, el Comité DESC ha recibido múltiples quejas procedentes de España relativas al derecho a la vivienda (en 2021 había 132 casos pendientes), por lo que ha tenido que precisar el alcance del derecho a la vivienda adecuada, recogido en el art. 11.1 del PIDESC bajo el derecho paraguas a un nivel de vida adecuado, que incluye expresamente la alimentación, vestido y vivienda adecuadas (p. 137). Aunque no reconocidos expresamente en esa disposición, el Comité DESC ha interpretado a través de sus observaciones generales que el art. 11 comprende también el derecho al agua potable y al saneamiento. A esa interpretación expansiva contribuyeron también los procedimientos especiales temáticos del Consejo de Derechos Humanos dedicados a esos derechos económicos y sociales, lo mismo que el relator especial sobre extrema pobreza y derechos humanos y el propio Grupo de trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas, que recomendó a los Estados ampliar los sistemas de protección social teniendo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres en materia de licencia por enfermedad remunerada, apoyo para el cuidado de los niños y de las personas mayores, así como subsidios para la vivienda y los alimentos (p. 139).

A pesar de la endémica escasez de recursos que afecta a todos los órganos de las Naciones Unidas dedicados a la protección de los derechos humanos, el Comité DESC ha sabido construir una jurisprudencia sólida en torno a los casos españoles sobre el derecho a la vivienda, de la que da buena cuenta la autora en las pp. 142-162. Ya en 2015 señaló que las ejecuciones

hipotecarias por falta de pago deben ser notificadas personalmente (caso *I. D. G.*) y que el Estado tiene la obligación de facilitar a los afectados recursos jurídicos antes de que se proceda a la subasta o desalojo de la vivienda (p. 144). En 2017 precisó que los desalojos de arrendamientos privados deben ser compatibles con el derecho a la vivienda adecuada y el acceso a vivienda social en un contexto de vulnerabilidad (caso *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili* y sus dos hijos), cuestionando la venta de la Comunidad de Madrid de viviendas sociales a fondos de inversión privados en medio de una severa crisis económica, lo que dejó a las personas de bajos recursos sin acceso a una vivienda social (p. 145). En 2019 determinó que la víctima y sus seis hijos fueron desalojados de la vivienda alquilada por supuesta ocupación ilegal y desalojados sin acceso a una solución habitacional, incumpliendo además el Estado las medidas provisionales ordenadas por el Comité DESC, por lo que también se violó el art. 5 PF (caso *Maribel López Albán*). Como garantías de no repetición, recomendó a España establecer un protocolo para el cumplimiento de las medidas provisionales (p. 146). Además, España debe desarrollar un marco legislativo de los desalojos forzosos, de manera que los tribunales examinen la proporcionalidad de esas medidas con sus consecuencias sobre las personas desalojadas; y eliminar la exclusión automática de las listas de solicitantes de vivienda social de las personas que ocupan una vivienda por estado de necesidad, sin título legal (p. 148). En 2020 también declaró contrario al Pacto el desalojo de una persona mayor sin solución habitacional (caso *Rosario Gómez-Limón Pardo*). En 2021 precisó que el derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 33 de la Constitución Española no puede entrar en conflicto con el derecho a la vivienda contemplado en el art. 11 del Pacto (caso *Soraya Moreno Romero*) (p. 150).

En la medida en que se acumularon los dictámenes del Comité DESC y de otros comités establecidos en tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas determinando que España había violado sus obligaciones internacionales, se reactivó el debate sobre el valor jurídico de tales dictámenes y de las medidas provisionales, pues tradicionalmente el Estado ha considerado que se trata de meras recomendaciones que no obligan a España. La autora subraya con acierto que en 2018 el Tribunal Supremo decidió por primera vez que un dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer era jurídicamente vinculante para España (caso *Ángela González Carreño*) (pp. 151, 158, 164-167). Se trató de un caso gravísimo de violencia de género contra la víctima y su hija de siete años, que fue asesinada por su padre.

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó en 2020 aplicar el precedente anterior, por lo que se han sembrado dudas sobre la futura jurisprudencia. La autora recuerda que el Estado tiene la obligación de dar debida consideración a los dictámenes, por lo que debe establecer mecanismos que aseguren su ejecución (pp. 170-171, 200). Sin duda, ayudaría a ello si la LOPJ modificada en 2015 para introducir el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo cuando medie una sentencia condenatoria del TEDH, fuera revisada para incorporar en la misma lógica los dictámenes de los órganos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas.

Valorando en conjunto la jurisprudencia del Comité DESC, la autora destaca que las condiciones socioeconómicas actúan como base para la discriminación por vivir en situación de pobreza. Además, las garantías de no repetición abordan condiciones estructurales a nivel colectivo que explican las violaciones individuales (p. 154). El Estado también debe adoptar medidas preventivas de violaciones de los DESC sobre todo en relación con las personas o

grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres y los niños en situación de pobreza o los migrantes no documentados. El Estado debe demostrar su debida diligencia en la adopción de tales medidas (p. 155). En definitiva, los DESC deben presidir las políticas públicas con perspectiva de derechos humanos y de género, para que todas las personas gocen de la libertad de vivir sin miedo, sin miseria y con dignidad (p. 156).

La autora recuerda el informe de visita a España del relator especial sobre extrema pobreza y derechos humanos (2020), que concluyó que el 25% de la población está afectada por el desempleo, la falta de vivienda digna y la precariedad, así como el riesgo de pobreza y exclusión social. Entre los niños, ese porcentaje se eleva al 30% que sufren severos problemas de desnutrición (pp. 158-159). La pandemia de COVID-19 ha agravado la situación de las personas que viven en condiciones de pobreza, particularmente las mujeres (p. 161).

Se destaca con razón que el derecho a la vivienda adecuada y la mayor parte de los DESC no están reconocidos en la Constitución Española como derechos subjetivos que puedan ser tutelados por los tribunales. Por el contrario, son considerados meros principios informadores que solo podrán ser alegados ante los tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE) (p. 163).

El Grupo de trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas puso de relieve en 2018 cómo las múltiples formas de discriminación impiden a las mujeres ejercer la totalidad de sus derechos humanos. Los índices de pobreza y desigualdad y el impacto del COVID-19 afectan especialmente a las mujeres (p. 173). En 2011 el Convenio de Estambul sobre la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica definió el género como “los roles, comportamientos, actividades y atributos socialmente construidos que una sociedad específica considera apropiados para las mujeres y los hombres” (p. 176). Las mujeres enfrentan formas múltiples e intersectoriales de discriminación, la cual puede ser directa o indirecta, en la legislación o en la práctica (p. 177). En 2020 el Grupo destacó que persiste la segregación ocupacional y sectorial, pues las mujeres siguen agrupadas en trabajos y sectores mal pagados. La brecha salarial no baja del 20% y las madres sufren penalización por maternidad a la hora de recibir una pensión. La falta de acceso a la educación obliga a las mujeres a aceptar trabajos precarios, creando una trampa de pobreza que las hace más vulnerables al acoso y a la violencia (pp. 179-181). Las mujeres deberán participar en la elaboración de legislación y políticas públicas para la erradicación de la pobreza y relativas a la salud, la educación, el trabajo, la vivienda y el medio ambiente sano (pp. 186, 201).

Para la autora el avance en la realización de los DESC se debe producir poniendo el acento en la igualdad y en las políticas de solidaridad que permitan materializar la justiciabilidad de los DESC (pp. 193, 202-203). Una ventana de esperanza se abre con la adopción por el Consejo de Derechos Humanos del proyecto de *pacto internacional sobre el derecho al desarrollo* (res. 54/18, de 12 de octubre de 2023). Pero el balance de la protección internacional de los derechos económicos y sociales es desolador, pues la mitad de la humanidad no disfruta de esos derechos básicos que aseguran a la persona una vida digna. Hoy es ya evidente que no se realizarán en 2030 los objetivos de desarrollo sostenible que los Estados se comprometieron a cumplir en 2015 si no se avanza sustancialmente en los derechos de solidaridad, entre ellos el derecho humano a la paz, que ponga coto a los más de 100 conflictos armados existentes y a

una carrera de armamentos desenfrenada que los alimenta, sustrayendo los recursos para satisfacer las necesidades básicas de la mitad de la humanidad. La Asamblea General declaró 2023 *Año Internacional del Diálogo como Garantía de Paz* (res. 77/32, de 6 de diciembre de 2022). Fue una llamada desesperada a la sensatez y a la responsabilidad de los Estados, ante una comunidad internacional conmocionada por una múltiple crisis (seguridad, cambio climático, pérdida de biodiversidad, salud pública, aumento de las desigualdades económico-sociales, de la extrema pobreza y del hambre) que coloca al planeta al borde del abismo, ante la impotencia de las instituciones internacionales.

Carlos Villán Durán
Presidente-fundador de la Asociación Española para el
Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)

FAGGIANI, V., *La protección internacional de los migrantes en la UE. Estándares de tutela, límites y perspectivas de reforma del derecho de asilo*, Aranzadi, Navarra, 2023, 316 pp.

La presente obra lleva a cabo un análisis exhaustivo, y del todo oportuno, de aquellos que se consideran aspectos clave del Sistema Europeo Común de Asilo, justo en el momento en que parece que nos hallamos más cerca de su reforma. La autora, constitucionalista con una larga experiencia en la materia, aborda dicho estudio no sólo para mostrar las deficiencias del sistema, sino con el claro empeño de proporcionar las opciones jurídicas con las que la citada reforma sería más conforme con las obligaciones internacionales y que necesariamente habría de guiarse –según la autora– por el concepto de vulnerabilidad, el principio-deber de solidaridad y la cláusula del Estado de Derecho. Dicho examen se lleva a cabo con un cuidado estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea más relevante y actual (con cita de asuntos resueltos poco antes de acabar la obra), así como con una mención pormenorizada de las crisis y conflictos que de manera más contundente han puesto en jaque el sistema de protección en Europa, en los últimos años (la crisis de 2015, la covid 19, la crisis en la ciudad autónoma de Ceuta en 2021, el éxodo de Afganistán, el ataque híbrido de Bielorrusia o el desplazamiento masivo desde Ucrania). Todo ello, al tiempo que se abordan las tendencias en una política que hace años que está guiada por el paradigma de contención de flujos fuera del espacio europeo y que tiene como consecuencia el cada vez más complejo ejercicio efectivo del derecho de asilo (la criminalización del deber de búsqueda y salvamento en el mar, las devoluciones en caliente, la política de puertos cerrados, el control remoto de la inmigración, ...). La autora aporta como novedad –de conformidad con su tradición académica– el estudio de jurisprudencia interna (método jurídico comparado) que suele estar ausente en obras similares y, como suele ser característico en sus publicaciones, nos brinda la oportunidad de conocer la doctrina italiana más relevante, en los casos (pocos) en que estos autores y autoras no han escrito en inglés.

La monografía se compone de seis capítulos. El Capítulo I, claramente más introductorio, aborda la política de asilo como elemento constitutivo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, así como todas las fases de desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo, hasta la actualidad. En su opinión, las diferentes propuestas de reforma –todas fallidas– no han visto la luz debido a una mezcla entre oposición política y falta de interés, lo que ha venido a incrementar las deficiencias de carácter jurídico y político del sistema (Capítulo II) y que Faggiani identifica, con acierto, en: el reparto de competencias y la armonización solo parcial del marco normativo, la deriva tendencialmente intergubernamental, la geometría variable, la falta de confianza mutua, solidaridad y reparto equitativo de las responsabilidades, así como la tendencia a la renacionalización y el enfoque de seguridad propios de *rule of law backsliding*, que le lleva a dedicar un apartado específico al análisis del incumplimiento de los estándares en Estados como Polonia o Hungría. La ruptura de la confianza mutua y los límites establecidos por la jurisprudencia de Estrasburgo y Luxemburgo al carácter automático de la ficción de tutela equivalente, en los casos de crisis sistémicas, salud o dignidad humana han generado una línea jurisprudencial rica y determinante, muy bien analizada por la autora. La crisis de 2015 y la postura de algunos gobiernos reinyectaron la lógica intergubernamental y patrones

de cooperación flexible en una política comunitarizada, lo cual, no resulta conforme con el equilibrio interinstitucional y el principio de cooperación leal que se deriva de los Tratados. Y, por lo que respecta a las deficiencias en materia de solidaridad y reparto equitativo de las responsabilidades, estas se hicieron especialmente evidentes en la crisis de 2015, con el fracaso de los planes de reubicación (Capítulo III). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos relativos a dichos planes contribuyó al reconocimiento del carácter imperativo del principio de solidaridad. Sin embargo, la opción por una solidaridad obligatoria (en realidad, medio obligatoria, pues solo sería vinculante en los supuestos más excepcionales), pero flexible (o a la carta) ha desvirtuado enormemente el principio, alejándolo de los postulados del art. 80 TFUE. A cambio de una solidaridad medio obligatoria, la propuesta incorpora un aumento considerable de las obligaciones que deben atender los países de primera entrada y con ello se plantea uno de los grandes dilemas de la formalización de la solidaridad en el sistema, este es, de qué manera incorporar obligaciones específicas vinculantes en materia de solidaridad sin que ello suponga un aumento desproporcionado de las responsabilidades de los países de llegada, esto es, cómo respetar el exigido equilibrio entre solidaridad y responsabilidad.

Conectado con lo anterior, Faggiani dedica un capítulo al estudio de la considerada “piedra angular” del Sistema Europeo Común de Asilo, el Reglamento Dublín, y que la autora califica como “el principal instrumento de descoordinación” del sistema (Capítulo IV). La profesora no duda en conectar directamente las renovadas violaciones del principio de *non refoulement* (sirvan como ejemplo, las devoluciones en caliente en España, las expulsiones colectivas en la frontera entre Polonia y Bielorrusia o las interceptaciones y devoluciones de Italia en el mar) con las premisas de un Reglamento más centrado en el control de fronteras que en un reparto equitativo de la responsabilidad que desconoce. La apuesta de la autora, basada en la supresión del criterio del Estado de primera llegada (considerando que la persona solicitante de protección internacional no entra en un Estado, sino en la UE en su conjunto) y la aplicación de un mecanismo de reubicación permanente y automático, basado en cuotas, está en sintonía con la mayoría de la doctrina especializada, pero muy alejada de las reformas propuestas en el Nuevo Pacto.

Para evitar incluso la aproximación al territorio europeo, se han generalizado las prácticas de externalización del control de las fronteras exteriores y de la gestión de los flujos migratorios (Capítulo V), con el Mediterráneo central (Italia, Malta, Libia) como protagonista de excepción. La autora analiza el Memorando Italia-Libia de 2017 (su inconstitucionalidad, tanto material como formal, se estudia aquí por derecho propio) o el Acuerdo UE-Turquía como ejemplos paradigmáticos de este proceso de externalización, así como de deconstrucción y deformalización del sistema, como peligrosa deriva del mismo. La consideración del reasentamiento como “interesante mecanismo de externalización” no se termina de entender en este contexto.

Y, por último, Faggiani dedica un apartado (Capítulo VI) a la infancia, dada la ausencia de un enfoque normativo específico para abordar la vulnerabilidad múltiple de la niñez en el sistema (podría haberse evitado la expresión “MENAS” o “migrantes irregulares”, cuando se trata de personas en situación administrativa irregular). Dejando al margen el apartado dedicado al derecho de asilo como derecho de frontera y que se antoja más propio de los capítulos introductorios, la autora justifica bien la reclamación de una normativa *ad hoc* centrada en la concesión

de protección internacional a los y las menores de edad, así como a la infancia no acompañada, así como el estudio de las bondades de la Directiva 2003/86/CE y las deficiencias, en cambio, de las Directivas 2013/32 y 2013/33. Concretamente, la reforma de la Directiva de acogida debería guiarse por tres pautas que subraya la autora: la noción de “solicitantes con necesidades de acogida particulares”, el enfoque basado en la garantía de derechos sociales y la prohibición del internamiento.

En definitiva, una obra esencial para conocer de primera mano las claves de funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo, las tendencias involucradas en su involución y la cuidada réplica de la jurisprudencia en cada caso, así como las propuestas de reforma, ahora que parecen más posibles que nunca.

Nuria Arenas Hidalgo
Universidad de Huelva

FERNÁNDEZ EGEAR, M. y MACÍA MORILLO, A. (Dirs.), *El Derecho en la encrucijada: los retos y oportunidades que plantea el cambio climático*, UAM Ediciones/BOE, Madrid, 2022, 484 pp.

“Es el reto intergeneracional de satisfacer nuestras necesidades sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer las suyas propias”, afirmó la señora Brundtland hace 36 años en la tribuna de la Asamblea General de las Naciones Unidas para definir el término *sostenibilidad* y para estructurar su informe *Nuestro futuro en común* en tres pilares: preocupaciones, retos y tarea comunes.

En el libro que aquí reseño hay una preocupación común, el cambio climático (principal riesgo político y existencial al que se enfrenta hoy la humanidad): un reto y una tarea comunes que ya se está enfrentando el Derecho, pero todavía quedan planteamientos y reflexiones por hacer, como constatan los escritos de los autores que participan en el libro, que ha sido dirigido por las profesoras Rosa M. Fernández Egea y Andrea Macía Morillo.

Grosso modo, la obra aspira a presentar una reflexión sobre cómo el Derecho constituye una herramienta fundamental para hacer frente a la emergencia climática, de una parte, y ofrecer, de otra, un curso para toda aquella persona interesada en la cuestión objeto de análisis. La estructura del libro contribuye a ello, dividiéndose en tres partes.

La primera dedicada a los sujetos –actores estatales y no gubernamentales– del cambio climático en el ámbito internacional.

Abre esta parte el profesor Pigrau Solé con la responsabilidad del Estado, analizada de conformidad con la jurisprudencia nacional e internacional y pronunciamientos de organismos internacionales. El hilo conductor del capítulo es sobre la base de la vulneración de las obligaciones internacionales climáticas –vía tratado y vía derecho consuetudinario– en vigor (reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, obligación de no causar daños al medio ambiente más allá de la jurisdicción nacional, obligación de proteger los derechos humanos, obligación de regular y controlar la actividad de las empresas), la reparación de los daños: se hace hincapié en la dificultad de señalar los tipos de daños y el vínculo causal entre el daño, por ejemplo las emisiones de GEI; y la posible litigación climática ante la CIJ tanto vía contenciosa como consultiva, puntualizando que la opinión consultiva es la vía más prometedora por las limitaciones procesales que presenta la otra.

Otro de los sujetos importantes en materia climática son las empresas transnacionales, que no son sujetos de derecho internacional y resulta muy difícil su configuración jurídico-internacional; pero, como bien apunta Campins Eritja a través de un análisis de la responsabilidad de las empresas en el ámbito interno e internacional, se puede plantear la cuestión de su responsabilidad desde un enfoque complementario en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque dejando en claro la necesidad de establecer mecanismos de supervisión y control de la aplicación de los instrumentos jurídicos (*soft law* particularmente) para con estos sujetos.

El liderazgo de la UE en la cuestión climática se pone de relieve en las medidas jurídicas adoptadas (*ad intra* y *ad extra*) y en la negociación de acuerdos internacionales para la mitigación

de los efectos del cambio climático. Sin embargo, no es oro todo lo que reluce en este liderato, como bien señala Rosa Giles Carnero, pues en las medidas estructurales de esta organización internacional de integración, y su política exterior, hay hendiduras considerables en el planteamiento del modelo de lucha contra el cambio climático, pues no se pone en entredicho, verbigracia, la mitología del crecimiento económico *ad infinitum*.

Teresa Fajardo dedica su análisis a la función que la sociedad civil internacional en la lucha contra el cambio climático, en el marco del multilateralismo inclusivo, tanto en sus métodos como interlocutores. La participación de esta sociedad en cumbres climáticas como la COP26 y su influencia en la elaboración de instrumentos internacionales, principalmente de *soft law*, verifica su función normativa, frente al letargo de los Estados para la elaboración de normas internacionales. Además, la sociedad civil también realiza una función de control del cumplimiento del Derecho Internacional en el ámbito climático, vinculada con la responsabilidad política que exige a los Estados en esta materia. Esperemos, como bien señala la profesora Fajardo, que tal sociedad tenga también un papel fundamental en la próxima COP, pues es un contrapeso al Estado en la lucha contra el cambio climático.

El enfoque hegemónico del Derecho en la temática ambiental es occidental, implantando un dualismo (ser humano y medioambiente) desde Descartes y dejando de lado otras miradas como, a la postre, es la indígena. Efectivamente, a este enfoque de los pueblos indígenas dedica su capítulo Núria Reguart Segarra, que pone de relieve la cosmovisión indígena para con Gaia, así como también su lucha frente a las prácticas de *land-grabbing*, y su especial vulnerabilidad a los efectos del cambio climático, se refuerza por la integración de sus conocimientos en el ámbito científico, de forma tardía pero bienvenido sea, como se muestra en el informe del IPCC de 2007 y el Acuerdo de París en 2015. Aunque me temo, añadido a la autora, que de nada sirve esta visión indígena, sino se cambia el sistema económico.

La segunda parte está dedicada al ámbito jurídico nacional español, a través de diversas perspectivas jurídicas (administrativa, penal, mercantil, entre otras).

Abre esta parte el análisis —a cargo de Sofía Simou— de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. Se centra en la descarbonización de la economía y en la integración del enfoque climático en diversas políticas estatales, autonómicas y locales y su aplicabilidad directa a los operadores económicos en el marco de la ley mencionada. Asimismo, la profesora Simou hace un análisis crítico sobre la ley, lo que ayuda a comprender su sistemática, propósito y eficacia en el marco regulatorio climático actual. Destaco su observación del papel de la Universidad en la educación climática, haciendo hincapié en el papel que esta institución puede desempeñar en la temática objeto de estudio.

Por su parte, Aitana de la Varga Pastor se centra en las medidas autonómicas para mitigar el cambio climático, enfocándose principalmente en Catalunya, Andalucía e Illes Balears, ya que se trata de legislaciones elaboradas antes que la ley estatal abordada por Simou, y más ambiciosas. Por ello, la autora ofrece un análisis panorámico y comparativo de estas legislaciones, destacando la necesidad de garantizar la eficacia de la legislación, sobre todo en los instrumentos fiscales propuestos en las leyes analizadas, y la importancia de la acción local al exigir el desarrollo de planes municipales contra el cambio climático. Cuestión que, de momento, está por desplegar.

En una clara alusión al filme *Don't Look Up* (2021), de Adam McKay, en el título del trabajo (*No mires arriba: las respuestas del derecho penal a la crisis climática*), el profesor Nieto Martín explora dos posibles modelos –partiendo de la diferencia entre clima y medio ambiente, pues son bienes jurídicos diferentes– para dar forma al derecho penal climático: uno basado en la legislación climática y el otro en el impacto del cambio climático en los derechos humanos. De conformidad con ello, analiza cuestiones como el delito de ecocidio, la manipulación del mercado de GEI, la debida diligencia en materia de derechos humanos, o el *greenwashing*, entre otros, con dos tutelas jurídicas diferentes para dos bienes jurídicos distintos. El autor propone la necesidad de internacionalizar el derecho penal del medioambiente. Creo que, en parte, ya existen unos principios generales del medioambiente en el ordenamiento jurídico internacional que bien podrían ser aplicados por la Corte Penal Internacional a fin de configurar el crimen de ecocidio.

Javier Megías López ofrece una visión general de los problemas fundamentales a los que se enfrenta la incorporación de la sostenibilidad empresarial en las normas de gobierno corporativo de las sociedades de capital, en particular en el modelo de gestión de los grupos de interés en España y en el marco regulatorio de la UE. En este sentido, el autor destaca la evolución de la tendencia en el Derecho hacia un modelo de gobierno sostenible para las partes interesadas, insistiendo en un gobierno corporativo sostenible y responsable. Sugiere que, si bien la protección primaria de los intereses de los interesados debería provenir de regulaciones sectoriales específicas, la participación del derecho de sociedades parece inevitable.

La responsabilidad civil por daños climáticos se extienda a lo ancho del planeta en los diversos litigios climáticos que conocen los tribunales. El caso Urgenda (Países Bajos) es la génesis. Esta responsabilidad plantea, según Ruda González, incertidumbres sobre si se cumplen –o no– sus requisitos. El autor cuestiona si las reclamaciones por daños causados por el cambio climático darán lugar a condenas exitosas para obtener una indemnización. Por ello, él sugiere que la responsabilidad civil pudiere desempeñar un papel menos decisivo de los esperado en estos litigios, indicando otros factores más influyentes. Además, bien afirmar el autor lo siguiente: es cierto también que estos litigios sirven como mecanismo de concienciación en materia climática a la gente.

La tercera parte analiza la litigación climática y la vinculación del cambio climático con los derechos fundamentales.

Así, Pau de Vilchez Moragues realiza un recorrido general sobre los litigios climáticos en el mundo, en particular desde 2015, centrándose en las tendencias recientes en este campo en evolución. Para ello, analiza el creciente número de casos de litigios y su complejidad jurídica, lo que refleja la naturaleza dinámica de este campo en respuesta a la emergencia climática. Explora, además, la intersección de los contenciosos climáticos con el Acuerdo de París, los derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano, la ciencia y la responsabilidad corporativa, con el objetivo de obligar a los Estados a adoptar políticas climáticas responsables, y también a otros actores no estatales. El litigio climático, según el autor, es un mecanismo apropiado para reflexionar y pensar el Derecho en su lucha contra el cambio climático.

En el plano nacional, Jaime Doreste Hernández destaca los esfuerzos de la sociedad civil organizada en España para llevar dos casos ante el Tribunal Supremo, buscando objetivos de

reducción de gases de efecto invernadero más altos de los permitidos. De nuevo, se cita el caso histórico y piedra filosofal de los litigios climáticos, Urgenda. Los objetivos se llevan a cabo en consonancia con los compromisos internacionales asumidos en el marco del Acuerdo de París y las recomendaciones científicas del IPCC para limitar el aumento de la temperatura mundial a 1,5 °C para finales de siglo y garantizar la protección de los derechos humanos y el medio ambiente. No obstante, creo que los tribunales españoles aún no están preparados en esta clase de litigios.

Enrique Martínez Pérez proporciona un análisis de las reclamaciones de derechos humanos relacionadas con el clima, centrándose en los obstáculos concernientes con los requisitos de admisibilidad. En este sentido, examina la competencia *ratione personae* y *ratione loci*, incluyendo cuestiones como el agotamiento de los recursos internos, la causalidad, las reclamaciones colectivas y el alcance jurisdiccional. El profesor Martínez explora las denuncias presentadas hasta la fecha en los sistemas regionales y universal (más proclive a los intereses particulares, atestigua el autor) de derechos humanos, discutiendo la posible aceptación de la jurisdicción concurrente y la responsabilidad de los Estados en las consecuencias climáticas. Por ello, resulta pertinente el estudio de las garantías procesales vinculadas a los derechos sustantivos y el papel de las medidas de adaptación estatales en la protección de los ciudadanos de los impactos climáticos. Del mismo modo, se asevera la posible violación de los derechos humanos debido a la inacción o permisividad de los poderes públicos.

Me parece muy apropiado que en el título del capítulo de la profesora Miñarro Yanini (El derecho en la encrucijada: el caso de los «refugiados climáticos»), el término *refugiados climáticos* se escriba entrecomillado porque, realmente, *los movimientos de personas que se ven obligadas a abandonar sus lugares de origen por hacerse inhabitables* (palabras de la autora), no es acorde con la noción de refugiado, salvo que se quiera desvirtuar. En el escrito se destaca los nuevos movimientos migratorios por causas climáticas y, por ende, la falta de cauces legales específicos para abordar esta situación y las carencias conceptuales y prácticas de instituciones jurídicas como el asilo. En consecuencia, se sugiere el establecimiento de un marco jurídico protector específico y se propone interpretar los derechos fundamentales de manera extensiva para maximizar su aplicación, al tiempo que se promueve la justicia climática y la solidaridad entre los países de acogida. Creo que, con todo, bien podría haber añadido la autora una reflexión sobre el organismo que se debería encargar de estos nuevos migrantes, ya sea ACNUR, ya Organización Internacional para las Migraciones, u otro.

Cierra el libro el capítulo de Jordi Jaria-Manzano, que formula tesis sobre la naturaleza y el significado de los derechos ambientales, considerando críticamente los fundamentos utópicos e individualistas de la tradición constitucional. Por eso, el autor pone de relieve la insuficiencia del marco de derechos actuales para afrontar la interdependencia y la incertidumbre que plantea la ciencia del sistema terrestre en el contexto antropogénico. Es estimulador que Jaria-Manzano proponga una estrategia de reconstrucción de caminos legales para proteger vulnerabilidades y generar respuestas que se sean más adecuadas en el contexto actual. Por ello sugiere el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en un instrumento internacional que complementaría y fortalecería las normas y la jurisprudencia. El Derecho como mecanismo transformador, al fin y al cabo, junto con un discurso integrador, es lo que nos propone el autor.

Evidentemente, como en cualquier trabajo, puede discreparse en algunos puntos concretos del análisis, que en el presente libro no es el caso salvo lo añadido. En términos definitivos, la obra es un ejemplo de estudio jurídico riguroso de la actualidad jurídica en relación con el cambio climático y, muy estimulante, el pensamiento crítico y las propuestas de mejora que los autores hacen en sus correspondientes capítulos. Se demuestra a las claras que se necesita cultivar el jardín planetario por medio del Derecho, a fin de obtener buenos frutos.

Carlos Gil Gandía
Universidad de Murcia

GARCÍA PÉREZ R., *La ampliación de la plataforma continental de España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 235 pp.

La obra que tengo el honor de comentar constituye una indiscutible aportación a la rica literatura jurídica española dedicada al estudio del Derecho del Mar. El autor ofrece al lector un estudio riguroso y ampliamente documentado de un tema que no sólo interesa a los expertos en la materia, sino también a cualquiera que desee aproximarse al debate actual sobre la explotación de los recursos naturales que albergan los mares y océanos. Existen en el momento actual procesos paralelos que convergen en el objetivo común de “conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible” (ODS-14).

Como el propio autor indica en un capítulo introductorio, “son muchos los elementos que deben ser abordados para hacerse una idea cabal de lo que implica para nuestro país el proceso de ampliación de la plataforma continental en el que se ha enmarcado”. Con ese fin, la obra se divide en cinco capítulos.

En el primero de ellos, se describen los espacios marinos definidos por la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CNUDM), prestando especial atención a la plataforma continental. Acierta el autor al explicar la distinción entre la concepción geológica de la plataforma continental y la definición jurídica que introdujo la CNUDM, que permite a los Estados ribereños ampliar su plataforma continental más allá de las 200 m. n. hasta un límite máximo de 350 m. n. Para ello, el Estado ribereño debe demostrar que ese espacio constituye la prolongación natural de la plataforma continental siguiendo un complejo procedimiento ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC). Como muy bien indica el autor, “si bien en términos políticos la [Convención] obtuvo un gran logro al encontrar una solución de equilibrio sobre cómo proceder a la ampliación de la plataforma continental, la aplicación del procedimiento en la práctica está resultando, sin embargo, complejísima”. En concreto explica, citando a Santos de Campos (miembro de la Comisión) que “la delineación de la plataforma continental es una tarea desconcertante que desafía las capacidades tanto de los Estados como de la propia Comisión de Límites”. El capítulo concluye con una referencia obligada a los espacios marinos adyacentes, la Zona Económica Exclusiva, el Alta Mar y la Zona.

En el segundo capítulo se explica el procedimiento que deben seguir los Estados ribereños ante la CLPC para ampliar su plataforma continental, desde los aspectos institucionales al régimen eminentemente técnico que lo regula y que ha desarrollado la propia Comisión (*Reglamento, Manual y Directrices*). Cabe destacar la detallada explicación que aporta el autor de las cuatro fases que conforman el proceso: a) establecimiento de las “líneas de fórmula”; b) determinación de “la prueba de pertenencia”; c) verificación de las “líneas de restricciones”; y, finalmente, d) el trazado de los “límites exteriores” de la plataforma continental ampliada. Una vez que la Comisión emite una *Recomendación*, el Estado ribereño puede fijar los límites exteriores de su plataforma continental, sin embargo, puede suceder que existan solapamientos con otras plataformas ampliadas de Estados vecinos con costas enfrenadas o adyacentes. En estos casos, la CLPC no es competente, y serán los Estados quienes deberán *delimitar* dichas

plataformas según la regla de la equidistancia, y en caso de no existir acuerdo, acudir a los mecanismos de solución de controversias previstos en la CNUDM. En todo caso, conviene recordar, como indica el autor, que “la existencia de solapamientos o la presentación de objeciones formales por parte de un Estado vecino a las presentaciones realizadas ante la CLPC no impiden necesariamente el desarrollo del procedimiento”. Ahora bien, y según se indica en el Anexo 1 del *Reglamento*, los Estados están obligados a informar previamente a la CLPC de la ausencia de controversias territoriales con otros Estados con costas enfrentadas o adyacentes a las suyas. En caso de existir tales controversias la presentación podrá llevarse a cabo siempre que el Estado reconozca explícitamente que la presentación que realiza no prejuzga las cuestiones relativas a la fijación de límites entre Estados. Según se indica, hasta agosto de 2022 se habían presentado 90 solicitudes, a las que cabe sumar otras siete revisadas. En total la CLPC ha emitido 30 recomendaciones. Este dato nos da una idea de la ardua tarea que tiene ante sí la CLPC que, como prevé su autor, “se prolongará en el tiempo más allá de lo previsto inicialmente para desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato que CNUDM le otorga”.

En el tercer capítulo el autor expone con detalle las presentaciones realizadas por España ante la CLPC (en 2006, 2009 y 2015) para poder delinear el límite exterior de su plataforma continental más allá de las 200 m. n. en las áreas del mar Cantábrico, Banco de Galicia e Islas Canarias. Dichas presentaciones afectan a una superficie total de 355.000 km. aunque, hasta el momento, la CLPC sólo ha emitido sus recomendaciones (favorables) con relación a la presentación conjunta relativa al Mar Céltico y Golfo de Vizcaya. A partir de ahí, está pendiente la delimitación de las áreas marítimas de los cuatro Estados concernidos: Francia, Irlanda, España y el Reino Unido de Gran Bretaña.

A continuación, el cuarto capítulo aborda las complejas negociaciones diplomáticas que debe de afrontar España para delimitar sus fronteras marítimas con algunos de sus Estados vecinos: Francia, Marruecos y Portugal. Sin duda, este es el capítulo que mayor interés puede suscitar, dado que contribuye a clarificar muchas de las cuestiones aún no resueltas que dichos procesos plantean, en especial, el conflicto territorial con Marruecos y la cuestión del Sahara Occidental. Se trata de un capítulo abierto puesto que hasta que la CLPC no emita sus recomendaciones sobre los límites de la plataforma continental ampliada, no se podrá negociar la delimitación de las nuevas fronteras de conformidad con los artículos 74 y 83 de la CNUDM.

Asimismo, en el quinto capítulo se presentan las principales novedades relativas a las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales existentes en las plataformas ampliadas más allá de las 200 m. n. y en la Zona internacional de los fondos marinos, especialmente, la minería submarina. El autor se hace eco de las complejas negociaciones que se están llevando a cabo en el seno del Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, con sede en Kingston (Jamaica) para la elaboración del Código de Minería que regulará las actividades de explotación en la Zona. Y también del potencial económico de la plataforma continental ampliada española. En concreto, se pone en evidencia que desde 2014 no se han solicitado permisos de exploración de hidrocarburos en el mar (*offshore*) en España, mientras que Marruecos sí está llevando a cabo una intensa campaña de exploración sistemática de sus recursos en hidrocarburos tanto en tierra como en el mar donde ha confirmado la existencia de yacimientos con interés comercial en el área marítima al Este de las Islas Canarias. Lo mismo sucede con respecto a la explotación de yacimientos mineros submarinos, actividad industrial

que ha sido desestimada por el gobierno español por motivos ambientales y en aplicación de los principios de cautela y precaución.

Finalmente, la obra se cierra con unas reflexiones finales sobre las responsabilidades del Estado ribereño en materia ambiental. El autor expresa la opinión de que “el Derecho del Mar actual resulta insuficiente al no recoger las interacciones ecológicas que se producen entre las diferentes especies marinas y las condiciones físicas en las que viven, con independencia de la zona del océano que ocupen dichas especies, de dónde proceda la fuente de contaminación o de la actividad de explotación que se pueda realizar”. Es decir, que “la lógica de zonificar el mar que impregna la CNUDM no encaja con el enfoque ecosistémico que es necesario aplicar para ejercer la protección eficaz del medio marino”. Igualmente, manifiesta su confianza en que el Acuerdo BBNJ pueda dar solución a esta carencia.

Por lo que se refiere a España, considera que “debe aplicar de forma escrupulosa el principio de precaución y adoptar el enfoque ecosistémico en todas las actividades que se puedan realizar en su plataforma continental más allá de las 200 m. n.” Esto debería, en su opinión, “implicar la prohibición expresa para realizar actividades de minería submarina”. Por tanto, considera el autor que “la ampliación de la plataforma continental, cuando finalmente se materialice, constituirá un gran éxito para España, pero no necesariamente un gran negocio económico”; ya que “la principal consecuencia de esta ampliación de jurisdicción será ejercer la responsabilidad de proteger el medio marino”.

Se trata, por tanto, de una obra imprescindible tanto para los docentes de Derecho Internacional Público que necesariamente deben explicar los límites de los espacios marinos situados bajo jurisdicción nacional española, como para otros expertos en Derecho del Mar que deseen actualizar sus conocimientos en la materia.

M^a Esther Salamanca Aguado
Universidad de Valladolid

GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 310 pp.

La obra “La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo” aborda, con rigor y seriedad, el delicado y complejo fenómeno de la sustracción internacional de menores en el ámbito de la Unión Europea. Se trata de un fenómeno delicado, puesto que nos encontramos ante menores que han sido trasladados o retenidos ilícitamente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de su residencia habitual, siendo así infringido el derecho de custodia, tal como se encuentra configurado en este último. Ello hace preciso poner el foco en la figura del menor, tal como hace la autora a lo largo de su monografía.

Nos referimos a Estados miembros (tanto al Estado miembro de anterior residencia habitual del menor, como al Estado miembro de la sustracción), puesto que el hilo conductor de la monografía, tal como se indica en el título, es el espacio jurídico europeo. No obstante, como se verá, cabe añadir que parte del análisis que hace la autora resulta también de gran utilidad para las sustracciones internacionales de menores cuando uno de los países es un tercer Estado.

La sustracción internacional de menores en el ámbito de la Unión Europea comenzó siendo objeto del *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000* (Reglamento Bruselas II bis); y, desde el 1 de agosto de 2022, del *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)*. Así, la obra ha tenido que afrontar las dificultades que implicar abordar el análisis de una norma de reciente aplicación.

Cabe destacar la pertinente estructura, que consta de tres Capítulos.

En el primero, se presenta el marco legal tripartito: se comienza por el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*; se hace una primera aproximación a la interacción entre dicho Convenio y los Reglamentos de la Unión Europea (Bruselas II bis y ter); y se finaliza con el papel complementario del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*. La presentación del marco legal tripartito resulta adecuada, puesto que la Unión Europea opta en el Reglamento Bruselas II ter —como había hecho ya en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis— por establecer una serie de correcciones al mecanismo de restitución del Convenio de La Haya de 1980. En este primer capítulo, destaca la referencia a los supuestos de violencia de género y/o doméstica; así como las reflexiones sobre el uso abusivo del motivo de denegación de la restitución del art. 13, párrafo primero, letra b) del Convenio de La Haya de 1980. Estos aspectos resultan de gran relevancia también en las sustracciones internacionales de menores que afectan a terceros Estados.

El título del segundo capítulo se refiere a los problemas de funcionamiento suscitados por la complementariedad entre el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de La Haya de 1980.

Además, la autora analiza, para cada una de las cuestiones abordadas, ya parte de las diferencias y semejanzas entre el Reglamento Bruselas II bis y el Reglamento Bruselas II ter. Entre los diversos aspectos que cabe destacar en este Capítulo, cabe mencionar: a) el análisis de las divergencias terminológicas del Derecho español, dada la confusión que puede generar el empleo de términos como patria potestad y derechos de guarda y custodia; b) el detallado análisis de la jurisprudencia del TJUE con respecto al concepto de residencia habitual del menor; c) el examen de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, en el que se diferencia entre los casos en los que mantiene su competencia el Estado miembro de residencia habitual del menor previa a la sustracción y aquellos en los que, excepcionalmente, puede asumir la competencia el Estado miembro de la sustracción; y d) el estudio de los criterios empleados por el TEDH.

Para el tercer Capítulo reserva la autora las principales modificaciones del Reglamento Bruselas II ter en materia de sustracción internacional de menores. Entre ellas, se analiza la aclaración del concepto de menor, las medidas para lograr un retorno seguro del menor y la inclusión de la mediación.

Uno de los aspectos más complejos y que es objeto de un profundo análisis, es el denominado *mecanismo de prevalencia o de última palabra*, que existía ya en el Reglamento Bruselas II bis y con respecto al que el Reglamento Bruselas II ter incorpora novedades que en ocasiones resultan de difícil interpretación.

En el ámbito del Reglamento Bruselas II bis, el art. 11.8 determinaba que, si el Estado miembro de anterior residencia habitual del menor dictaba una resolución sobre el fondo del asunto —posterior a una orden no restitución— que implicaba la restitución del menor, se procedería a su ejecución sin exequátur. La autora expone en esta obra que el mecanismo de prevalencia se ve limitado en el ámbito del art. 29 del Reglamento Bruselas II ter. Así, mientras que el Reglamento Bruselas II bis permitía que dicho mecanismo operase con independencia de cuál hubiese sido el motivo en el que el Estado miembro de la sustracción hubiera basado la denegación de la restitución; en el ámbito del Reglamento Bruselas II ter únicamente puede operar si los motivos de denegación han sido el art. 13, párrafo primero, letra b) del Convenio de La Haya de 1980 (grave riesgo) o el art. 13, párrafo segundo (oposición del menor).

En el análisis de las modificaciones del mecanismo de prevalencia o de última palabra, también se refiere la autora a la ejecución de las resoluciones dictadas en el ámbito del art. 29.6 que implican la restitución del menor y que el Reglamento Bruselas II ter incluye en la categoría de *resoluciones privilegiadas*. Tal como se expone en la obra, el reconocimiento y la ejecución de estas resoluciones podrá ser denegado si son irreconciliables con una resolución posterior en materia de responsabilidad parental que afecte al mismo menor, pudiendo ser dictada, según determina el Reglamento, por el Estado miembro requerido o por otro Estado miembro o el Estado no miembro de residencia habitual del menor que reúna las condiciones para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

También examina acertadamente la autora la relevancia que en el Reglamento Bruselas II ter adquiere el cambio excepcional de circunstancias que puede haberse producido tras haber sido dictada la resolución del art. 29.6. Tal como expone la autora, el Reglamento Bruselas II ter contempla, en el art. 56.4, la posibilidad de que el Estado miembro de la sustracción

suspenda la ejecución en caso de que exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico, debido a circunstancias sobrevenidas. Además, el art. 56.6 del Reglamento Bruselas II ter establece que, si el grave riesgo tiene carácter duradero, podrá denegarse la ejecución. Por ello, la autora apunta que “se está introduciendo una tercera etapa”: el Estado miembro de la sustracción ordena o no la restitución, el Estado miembro de origen dicta una resolución posterior sobre el fondo del asunto que puede implicar la restitución; y el Estado miembro de la sustracción puede suspender e incluso acabar denegando la ejecución.

Como señala la autora, esta novedad planteará problemas de interpretación en la práctica, por lo que cabe esperar que continúe con esta línea de investigación, analizando los problemas que vayan surgiendo, con el gran rigor y seriedad con los que la autora ha elaborado esta obra.

Celia M. Caamiña Domínguez
Universidad Carlos III de Madrid

HEREDIA SÁNCHEZ, L.S., *Efectos de la plurinacionalidad en el estatuto personal. Problemas prácticos y soluciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 396 pp.

Aunque la presente monografía es el resultado de la tesis doctoral de su autora, sin embargo, es un nuevo trabajo en su ya extensa y rica producción científica que avala su experiencia investigadora y docente. Además, a lo largo de sus páginas también se advierte su vinculación al ejercicio del Derecho como jueza en Cuba, imprimiendo al estudio un carácter práctico y aplicado como expresa en su subtítulo. Precisamente su conocimiento del Derecho cubano le lleva a incluir muy diversos ejemplos de este sistema jurídico en la obra.

En ella aborda un tema clásico del Derecho internacional privado, el estatuto personal, desde la perspectiva de la incidencia de la plurinacionalidad en la determinación del derecho aplicable a las pocas materias que quedan todavía incluidas en este viejo concepto estatutario. Plurinacionalidad, una realidad cada vez más frecuente, como demuestran los datos sociológicos analizados en el trabajo, y que la autora no duda en calificar como derecho humano.

El libro se estructura en cuatro capítulos bien definidos: en el primero estudia la nacionalidad como punto de conexión del estatuto personal, en el segundo la plurinacionalidad en la UE, en el tercero, verdadero corazón del trabajo, hace un profundo análisis crítico del art. 9.9 del Código civil (CC), proponiendo una redacción alternativa del mismo y, finalmente, en el cuarto, aborda dos cuestiones específicas vinculadas al estatuto personal: la capacidad, analizando en particular la protección de adultos, y el nombre y los apellidos.

La redacción de esta monografía es cuidada, la bibliografía, legislación y jurisprudencia analizadas son profusas, y la autora se preocupa de “dar la mano al lector” terminando cada capítulo con un “balance parcial” que permite ir siguiendo más fácilmente su razonamiento y sus conclusiones parciales.

En el primer capítulo advierte el progresivo “desguace” de la categoría “estatuto personal” por la especialización regulatoria internacional, fundamentalmente de la UE, en materias tan diversas como las sucesiones, los alimentos, el divorcio y otros remedios a las crisis matrimoniales, el régimen o relaciones patrimoniales del matrimonio y las uniones registradas o la responsabilidad parental. Pero también, tanto en estos instrumentos como en normativa estatal (singularmente tras la reforma operada en el Título preliminar del CC por Ley 26/2015) destaca el fin del imperio de la ley nacional manciniana en favor de la ley de la residencia habitual, perdiendo fuerza la primera como “vinculación significativa” de la persona. Además, subraya la incidencia, cada vez más relevante, de la autonomía de la voluntad, a través de la cual es posible aplicar la ley de la nacionalidad que es, para algunos, la más cercana a su identidad cultural.

Analiza las dos comprensiones clásicas de la nacionalidad, como vínculo jurídico político y como estado civil, pero también la relación entre la nacionalidad y la vecindad civil, sin entrar, en relación a esta última, en las cuestiones conflictuales. El centro del capítulo es el estudio del Derecho español de la nacionalidad y del diverso origen (constitucional, convencional o estatal) de sus normas reguladoras, atendiendo de forma especial a las situaciones de plurinacionalidad, tanto a las generadas al margen del ordenamiento jurídico, como a las previstas por

él, ya sea de forma autónoma como convencional. Dedicar una crítica, justificada y documentada, al régimen de doble nacionalidad convencional cuyo reflejo jurisprudencial califica de “escaso, caótico y parcial”, por su pobre virtualidad práctica en el ámbito de la nacionalidad, incluyendo el reciente convenio bilateral con Francia. No obstante, debe advertirse que, una previsión normativa en tres de los convenios (con Chile, Perú y Ecuador), tuvo relativos efectos en el ámbito de la extranjería cuando la legislación española de los 80 comenzó a endurecerse en esta materia, como se recoge, en parte, en el capítulo tercero. A pesar de todo, tanto en este capítulo como en el siguiente valora positivamente el supuesto de doble nacionalidad de los adoptados internacionales incluida en el art. 19.3 del CC por Ley 26/2015.

El segundo capítulo aborda la temática de la plurinacionalidad en el régimen jurídico de la Unión Europea. En él realiza un meritorio análisis de la jurisprudencia del TJUE que aborda la relación entre ciudadanía europea y nacionalidad estatal, siendo la segunda presupuesto de la primera, que la autora califica de “ciudadanía indirecta”. Precisamente este condicionamiento hace que el TJUE, a partir del caso Rottmann, haya comenzado a “poner cerco a la discrecionalidad estatal” en la materia, modulando el Derecho estatal en la medida en que es o no conforme con el Derecho de la UE. La reciente sentencia de 5 de septiembre de 2023 en el Asunto C-689/21, publicada posteriormente a esta monografía, es buena prueba de ello. El capítulo termina con un análisis de la jurisprudencia en materia de nombre y apellidos, sobre todo, pero no solo, en casos de plurinacionalidad, tema sobre el que vuelve en el último capítulo.

El capítulo tercero, como ya he señalado, es el verdadero centro de la monografía, y en él se realiza un análisis muy crítico de las soluciones previstas en el artículo 9.9 del CC para los casos de plurinacionalidad en relación a la determinación del Derecho aplicable. Con toda razón, la autora califica el precepto de “legeforismo apabullante”, al hacer prevalecer la nacionalidad española sobre cualquier otra en los casos de plurinacionalidad no prevista legal o convencionalmente, y también considera que la solución a las dobles nacionalidades convencionales prevista en los convenios es “inoperante” y alejada del contexto histórico. Por ello, propone un cambio total en la redacción de este artículo “manifiestamente mejorable” que no haga depender la solución del tipo de plurinacionalidad del sujeto, que no sea legeforista, que prime la autonomía de la voluntad y que incorpore criterios abiertos y flexibles (centro de vida, vínculos más estrechos). Una propuesta de esta naturaleza, justificada doctrinal y jurisprudencialmente en el capítulo, denotan la madurez de su autora. De todas maneras, se trata de un precepto con una cada vez más escasa proyección práctica en la medida en que la nacionalidad está siendo desplazada como punto de conexión en el estatuto personal quedando limitada a las poquísimas materias a las que se refiere el capítulo cuarto.

En este último capítulo, la autora estudia en primer lugar el art. 9.1 del CC, su ya limitado alcance y sus problemas de aplicación, singularmente el conflicto móvil pero también el interés nacional, y se refiere en particular a la capacidad de la persona física, analizando las cuestiones problemáticas que pueden ser incluidas en este concepto. Así, alude por ejemplo, al consentimiento matrimonial y los problemas derivados de los matrimonios de conveniencia o de los matrimonios forzados o pactados y la discutible categorización de los matrimonios entre personas del mismo sexo como cuestión relativa a la capacidad, y también se refiere, de pasada, a los certificados de capacidad matrimonial.

En segundo lugar trata con mucho detenimiento la protección internacional de adultos. Si bien en la redacción del art. 9.6 del CC derivada de Ley 26/2015 se sustituye el punto de conexión de la nacionalidad por el de la residencia habitual, siguiendo el modelo del Convenio de La Haya de 2000, todavía no firmado por España, la autora se plantea el eventual juego del art. 9.1 del CC si, a título principal, se solicitara en España, por ejemplo, la incapacidad de un extranjero cuya ley nacional previera esta figura. Ya ha habido sentencias (Ver en particular el Auto núm. 330/2022 de 19 octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona) que dejan claro, como anticipó la doctrina, la clara activación del orden público español frente a la aplicación de una ley extranjera o al reconocimiento de una sentencia extranjera que prevea una institución contraria a los nuevos derechos de las personas con discapacidad reconocidos tanto a nivel internacional como estatal. Por ello la autora se refiere a un “nuevo orden público internacional”. En consecuencia, esta materia queda fuera del ámbito del trabajo centrado en los efectos de la plurinacionalidad en el estatuto personal, en la medida en que la nacionalidad ha dejado de ser la conexión relevante.

Finalmente termina analizando el régimen del nombre y los apellidos en casos de plurinacionalidad, con un estudio detallado del Derecho español, pero también aludiendo a los sistemas de otros países de nuestro entorno como el Derecho francés, el alemán o el italiano (lástima que no se refiera a la importante sentencia del Tribunal constitucional de este país 131/2022, de 27 de abril, que ha propiciado un cambio muy importante en la materia).

En definitiva, estamos ante una obra de Derecho internacional privado clásico, en la que la autora demuestra su conocimiento de la materia analizada, su sistemática y completa revisión de legislación, jurisprudencia y doctrina y su trabajo riguroso y honesto. Su propuesta de *lege ferenda* sobre la redacción incluido el reciente convenio bilateral con Francia, del art. 9.9 del CC en una ¿posible? ¿esperable? reforma del Título preliminar de nuestro Código civil debería ser tenida en cuenta.

Salomé Adroher Biosca
Universidad Pontificia de Comillas

IZQUIERDO SANS, C. (Dir.) y GARCÍA CASAS, M. (Coord.), *Litigación internacional para la defensa de los derechos humanos*, Colex, A Coruña, 2022, 230 pp.

La obra que se presenta para este comentario, *Litigación internacional para la defensa de los derechos humanos*, es muy necesaria y aborda un tema esencial. Como se indica en el prólogo del libro escrito por el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, José María Alonso Puig, se basa en una Jornada que se celebró en el propio Colegio el 15 de abril de 2021 y que versaba sobre las obligaciones y mecanismos que derivan tanto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como de los Comités de Naciones Unidas en sus pronunciamientos relativos a España. Ello marca la construcción del libro, que analiza desde una perspectiva siempre práctica la dualidad de ambos órganos. En efecto, poniendo el foco en el Tribunal y en el Comité, el libro aborda no sólo el funcionamiento y las consecuencias de los dictámenes, informes y sentencias, sino también las actuaciones de los distintos órganos españoles ante las instancias internacionales, tanto a la hora de recabar la información pertinente como en la preparación de la defensa de España ante los mismos.

El número de demandas que se presentan cada año ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son siempre crecientes. En el caso de España, solo en 2021, se decidieron unas 600 demandas por parte del Tribunal, y el impacto de los dictámenes de los órganos de las Naciones Unidas en el marco de las comunicaciones individuales también va en aumento. En esta obra, dirigida por la Profesora Cristina Izquierdo y coordinada por María García Casas, el valor de los tratados internacionales, la importancia de los mecanismos individuales que existen en el plano internacional y sus repercusiones son algunas de las cuestiones claves que se ponen de relieve.

La obra está compuesta de 8 capítulos, que a su vez se podrían dividir en tres grandes secciones. El primer capítulo, a cargo de Alfonso Brezmes Martínez de Villarreal, jefe de área de la Abogacía del Estado y titulada “El doble engranaje para la protección internacional de los derechos fundamentales”, compara las diferencias en el procedimiento y las decisiones tomadas por los Comités de Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comentando también la distinta autoridad jurídica de los textos y el papel que juega el agente y/o abogado del Estado de España ante los dos mecanismos. La segunda sección estaría compuesta por los capítulos dedicados al sistema europeo de derechos humanos y al impacto de las sentencias del Tribunal, ya sea desde un punto de vista más general, abordando las distintas reformas introducidas en el sistema (en el capítulo escrito por Luis Vacas Chalfoun) la ejecución como tal de las sentencias y su supervisión por el comité de Ministros (a cargo de Heide-Elena Nicolás Martínez), como con contribuciones más específicas, como la relativa a la satisfacción equitativa del artículo 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (escrita por Alejandro Sáiz Arnaiz) o la que versa sobre la revisión penal de las sentencias internas a raíz de una sentencia del Tribunal Europeo (a cargo de Javier Hernández García). La última sección estaría compuesta por tres capítulos relativos a los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas: el primero relativo a su recepción en derecho español y comparado (el capítulo escrito por Francisco de Asís Sanz Gandasegui), el segundo a la responsabilidad patrimonial (escrito por Paz Andrés Saénz de Santa María) y el último sobre

los efectos de las decisiones de los Comités de derechos humanos resolviendo comunicaciones individuales contra España, escrita por Cristina Izquierdo Sans.

Así, la primera parte se inicia con el análisis comparativo de los dos sistemas internacionales de protección, tanto sus orígenes, como su funcionamiento y autoridad, así como la recepción de los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas en visión comparada y de las sentencias del Tribunal europeo, y las posibilidades de litigio estratégico, escogiendo uno u otro mecanismo en función de las posibilidades de éxito (el llamado *forum shopping*). En fin, el autor propone una serie de reflexiones acerca del papel tan amplio que desempeña el agente nacional ante el Tribunal Europeo, ya que no sólo defiende procesalmente al Estado, sino que también realiza una labor de prevención de vulneración de los derechos humanos y de vigilancia de ejecución de las sentencias, frente a la participación del abogado del Estado ante los Comités de Naciones Unidas, que se circunscribe a la fase procesal contradictoria ante los mismos.

Entre los capítulos dedicados al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el capítulo dos, escrito por Luis Vacas Chalfoun, abogado del Estado, se centra en la evolución del sistema europeo y los cambios introducidos en el Tribunal a través de los últimos Protocolos de reforma. El proceso de Interlaken y el problema de acumulación creciente de demandas ante el Tribunal, así como la adopción y la entrada en vigor de los Protocolos 14, 15 y 16 y sus consecuencias forman parte del análisis realizado en el mismo, que sigue con una reflexión sobre el futuro del Tribunal. Así, el autor resalta la importancia de la ejecución de las sentencias como el mecanismo más efectivo de reducción del número de demandas, ya que necesariamente desemboca en evitar que casos similares se vuelvan a presentar ante el Tribunal y éste se halle siempre al borde del colapso. Para ello no es necesario abrir un nuevo proceso de reforma, sino seguir reforzando e invirtiendo en la ejecución.

El capítulo del Catedrático Alejandro Saiz Arnaiz completa lo anteriormente dicho, puesto que se centra en la satisfacción equitativa del artículo 41 del Convenio europeo de derechos humanos. El autor explica que en los primeros treinta años del sistema, se produce una fase de asentamiento de la función reparadora de dicha disposición, si bien es el Tribunal y no la víctima quien decide sobre la necesidad y cuantía de la satisfacción equitativa. Así, en los casos en los que el Tribunal solo hace una estimación parcial de las violaciones denunciadas, el Tribunal puede decidir libremente si aplica o no reducciones a lo pedido por las víctimas como reembolso y gastos. La petición como tal de la satisfacción equitativa corresponde a la víctima y no se otorga de oficio, y se puede fijar su cuantía en la sentencia de fondo o a posteriori. La satisfacción incluye daños materiales, pero también los morales y los gastos provocados por la defensa, aunque de nuevo el Tribunal puede decidir, haciendo gala de su criterio equitativo, que la declaración de la violación ya es por sí sola una satisfacción equitativa y que por tanto no es necesario otorgar una asignación dineraria. En la fase que siguió a los primeros años y hasta la entrada en vigor del Protocolo XI en 1998, el Tribunal siguió desarrollando medidas de reparación que sean apropiadas para el daño causado. Tras la entrada en vigor del mismo, el Tribunal entra en una nueva fase en la que afirma que la sentencia que declara la violación no solo impone a la obligación jurídica de pagar a las víctimas la satisfacción equitativa, sino que debe identificar, bajo la supervisión del Comité de Ministros, las medidas generales para remediar en derecho interno del Estado en cuestión las consecuencias jurídicas de la violación. El autor pone en fin de relieve ciertas inconsistencias y la necesidad de mayor transparencia

en los criterios adoptados por el Tribunal en su uso del artículo 41 y de la satisfacción equitativa, que sobre todo a partir de 2004 es combinado, de forma más sistemática, con el 46.1 del Convenio, para considerar medidas de reparación que no son sólo dinerarias y que son tanto de carácter individual como general.

Heide-Elena Nicolás Martínez, abogada del Estado y co-agente de España ante el Tribunal Europeo de derechos humanos trata en su capítulo la ejecución de las sentencias del Tribunal y el papel de España y del Comité de Ministros. En efecto, las sentencias son obligatorias pero no ejecutivas, ya que del Convenio no se desprende la posibilidad de que el Tribunal pueda anular decisiones judiciales o deroga una norma de derecho interno o dejar sin efecto una actuación administrativa. Las sentencias son declarativas y es el Comité de Ministros el encargado de su ejecución una vez que el Tribunal ha establecido la existencia de una violación del Convenio. Ahora bien, a partir del Protocolo 14, que entró en vigor en 2010, hay dos mecanismos excepcionales por los que el Tribunal puede actuar: el primero, si la mayoría de dos tercios de los Estados que componen el Comité de Ministros solicita al Tribunal aclaración acerca de una sentencia y el segundo, si, con la misma mayoría, se somete al Tribunal un procedimiento por incumplimiento contra un Estado en concreto (mecanismo que, como la autora pone de manifiesto y hasta 2021, solo ha sido usado en una ocasión contra Azerbaiyán). Salvo en esos casos, las medidas individuales y generales necesarias para cerrar la ejecución de una sentencia corren a cargo exclusivo del Comité de Ministros, que lleva a cabo un “diálogo ordenado” con el Estado, tanto en el marco de una supervisión ordinaria o estándar como si la supervisión es reforzada. El Comité es asistido para ello por el servicio de ejecución de sentencias, un departamento donde canalizan los contactos con las autoridades nacionales, así como el demandante y la sociedad civil, a fin de facilitar el cumplimiento de la sentencia. Por último, se señala que España tenía a fecha de 2021 34 asuntos pendientes de ejecución, de los que tan solo dos se tramitaban por la vía “reforzada”, lo cual es comparable con otros estados con un volumen de demandas similar.

El último capítulo de la sección dedicada al Tribunal Europeo es el escrito por Javier Hernández García, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y que trata el recurso de revisión penal para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo, sobre todo a partir de la introducción de la Ley 41/2015. Recordando que los Estados disponen un amplio margen de apreciación en lo que se refiere a la ejecución de las sentencias y el modelo de “supervisión cooperativa” existente, el autor analiza de forma crítica el recurso de revisión que crea el legislador como cauce reparatorio, si bien subrayando las complejidades de articulación de la traducción de la sentencia condenatoria en el ordenamiento español. Uno de los elementos problemáticos de la reforma, que el autor considera rígida e incompleta, es que, en el momento de interponer el recurso de revisión persistan los efectos de violación del derecho fundamental, que debe ser además una violación grave también en sus efectos. La admisión del recurso de revisión dependerá así de la persistencia y gravedad de la violación existente, ya que el objetivo no es el de aplicar como tal lo decidido por el Tribunal Europeo sino reparar la vulneración del derecho en cuestión. Admitido el recurso, la revisión es siempre compleja, tanto en la identificación de los efectos persistentes como en la búsqueda de una solución reparadora, algo que sólo podrá ser cimentado a través de la práctica que se desarrolle al respecto.

La última sección de esta obra dedica una serie de capítulos a los Comités de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, su impacto y las cuestiones prácticas que el mismo plantea, sobre todo a la luz de los recientes cambios en el panorama español.

Francisco de Asís Sanz Gandasegui, abogado del Estado, analiza primero la recepción de los dictámenes de los Comités en derecho español y comparado, sobre todo en aquellos en los que también se ha adherido el Estado al protocolo de quejas individuales y hay un procedimiento contradictorio. Ello incluye el Comité de derechos humanos y el de derechos económicos sociales y culturales, ambos basados en los respectivos Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, así como otros Comités más específicos, como el de la discriminación racial el de la eliminación de la discriminación contra la mujer, el relativo a la tortura, el de los derechos del niño, el de los derechos de las personas con discapacidad y el relativo a las desapariciones forzosas. Así, el autor expone que la jurisprudencia española da a dichos dictámenes un papel interpretativo, haciendo así una diferencia con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que si son jurídicamente vinculantes. Sin embargo, ha habido excepciones, como la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 en el asunto González Carreo, que consideró nuevo hecho determinante un dictamen del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y calificó como vinculante el mismo. A pesar de ese caso concreto y, en palabras del autor, singular, en sentencias posteriores del Tribunal Supremo y del Constitucional se ha considerado que un dictamen no puede ser motivo de revisión de una sentencia interna, una posición que es la más habitual entre los Estados del Consejo de Europa. No obstante, en algunos países la fuerza interpretativa de los dictámenes es mayor que en España. En cualquier caso, el autor resalta que el valor hermenéutico fundamental de los Comités de Naciones Unidas, así como la obligación de actuar de buena fe por parte de los Estados objeto del dictamen en cuestión.

La Catedrática Paz Andrés de Santa María aborda en su capítulo la responsabilidad patrimonial del Estado y la efectividad de los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas, centrándose en la práctica del Consejo de Estado y la singularidad que supone la invocación de un dictamen de un órgano internacional en un expediente de responsabilidad patrimonial. La autora se refiere igualmente, como en el capítulo previo, a la sentencia del Tribunal Supremo de 2018 y a cómo la polémica acerca de la posibilidad de que los dictámenes de órganos de Naciones Unidas sean una base habilitante para la responsabilidad patrimonial. La autora hace hincapié en las lagunas y en las dificultades del ordenamiento actual para poder abrir la vía de la responsabilidad patrimonial, que se demuestra pro el hecho de que todos los dictámenes del Consejo de Estado en los casos presentados hasta 2021 han sido desestimatorios y por tanto, no es un remedio viable para hacer efectivos los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas en lo que respecta a la reparación por medio de una indemnización. La autora propone otras fórmulas que pueden ser más productivas, como que se dediquen fondos específicos para reparaciones en los presupuestos del Estado para los casos en los que un Comité de derechos humanos haya declarado la existencia de una vulneración de un derecho fundamental.

Por último, la Profesora Cristina Izquierdo Sans, la directora de este trabajo, pone el broche final haciendo un análisis más global de los efectos de las decisiones de los Comités en las comunicaciones individuales y el gran impacto que tienen los mismos en España, ya que tratan cuestiones claves y de mucho impacto, incluido el mediático y social. Así, la autora expone

cómo, entre 2018 y 2021, España ha sido objeto de 27 comunicaciones ante el Comité de Derechos Humanos y ha habido un único dictamen contrario; ante el Comité de derechos económicos, sociales y culturales ha habido en el mismo periodo 190 demandas, todas relativas a desahucios, y solo tres dictámenes declarando la violación del Pacto. En el caso del Comité de Derechos del Niño, los casos son 37 y 15 son de violación, acerca de la práctica de determinación de edad de los menores no acompañados: en el caso del Comité contra la discriminación contra la mujer, 3 comunicaciones y solo una de condena; en el caso del Comité contra la tortura, 2 y solo una de ellas exitosa y en cuanto al Comité sobre las personas con discapacidad, 5 comunicaciones y dos de ellas estimadas. La Profesora Izquierdo pone de relieve una serie de cuestiones claves: la primera es el relativo al papel de los dictámenes de los Comités y su cumplimiento, cuestión compleja que hasta 2018, había dado lugar a que los órganos judiciales españoles siempre hubieran considerado dichos dictámenes como interpretativos y no vinculantes. La sentencia del Tribunal Supremo del 2018 potencio una reflexión evolutiva acerca del valor jurídico de dichos dictámenes en el ordenamiento español. Una segunda cuestión que se plantea es que no todos los derechos fundamentales son de aplicación directa, y que para ello es necesario la intervención del legislador; y, por último, lo necesario que es reflexionar acerca de la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales y buscar mecanismos de solución cuando la vulneración de los derechos viene proclamada por órganos internacionales como los Comités, y en los que a veces se trata de asuntos que resultan de competencias autonómicas o locales.

En definitiva, esta obra aporta una serie de elementos esenciales a todos aquellos que se ocupen del estudio del derecho de los derechos humanos, investigadores, universitarios, estudiantes o del ámbito de la abogacía: el primero, es que plantea por primera vez, siempre desde una perspectiva práctica muy necesaria, un análisis comparado de las sentencias del Tribunal europeo frente a los mecanismos de los Comités de Naciones Unidas, explicando sus diferencias y su cumplimiento. En segundo lugar, ofrece una visión actual y pormenorizada de la situación en derecho español y de la jurisprudencia reciente de los órganos judiciales internos al respecto. Por último, ofrece una reflexión acerca de las lagunas existentes en la legislación y las contradicciones que han surgido en la jurisprudencia y aporta posibles vías de solución a las mismas. Sin duda, una lectura muy útil y recomendada.

Amaya Ubeda de Torres
Letrada del Consejo de Europa
Profesora asociada de la Universidad IE

LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los Derechos Humanos y de la infancia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2023, 1624 pp.

Respondiendo a su título, esta impresionante obra presenta las múltiples dimensiones socio-jurídicas de la protección de menores de edad en situaciones transfronterizas. Prologada por Vicente Cabello Mallol, Director de la Cátedra de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad Politécnica de Valencia y Presidente de la Red de Universidades por la Infancia y la Adolescencia, el trabajo obedece a un ambicioso y loable planteamiento integrador para la presentación y el análisis en profundidad de una materia con evidente interés y permanente actualidad teórica y, fundamentalmente, práctica.

A través de cuarenta y nueve estudios (más un capítulo preliminar) y excelentemente dirigidos por Ángeles Lara Aguado, un total de cincuenta y seis autores se adentran en el estudio de las peculiaridades de la infancia, la adolescencia y la juventud abarcando desde la identidad y las relaciones familiares hasta la extranjería. Todos los trabajos se asientan sobre la protección de los Derechos Humanos e introducen la perspectiva feminista o de género entendida, en palabras de la directora, como una aproximación global a la realidad, tomando en consideración la interrelación de los distintos aspectos socio-jurídicos (tales como el sexo, la nacionalidad, la raza, la clase social, la edad, la procedencia, la discapacidad, la vulnerabilidad ...etc.) que determinan la diferente situación de los individuos en el contexto de las relaciones de poder y, en particular, la mayor dificultad que experimentan las mujeres para alcanzar el pleno disfrute de sus derechos. En definitiva, con este enfoque se persigue la búsqueda de la justicia en el caso concreto a través de la consecución de la igualdad en línea con el quinto Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de Naciones Unidas (promoción de la igualdad y empoderamiento de mujeres y niñas) y la Estrategia para la Igualdad de Género de la Unión Europea (UE) 2020-2025.

Esta perspectiva de análisis requiere el extenso elenco de autores y el gran número de trabajos, de los que, obviamente, resulta imposible dar cuenta detallada dentro de los límites de una recensión. Los autores constituyen un equipo de investigación y de colaboración (B-SEJ-101-UGR18) heterogéneo e interdisciplinar. En él se encuentran académicos (procedentes de distintas Universidades españolas, así como de Argentina, Marruecos, México y Uruguay) y profesionales (abogados, notarios, jueces, fiscales, funcionarios de extranjería, sindicalistas y graduados sociales) que, además de en distintos campos jurídicos (historia, filosofía, civil, trabajo, administrativo, penal, internacional privado y público), están especializados en materias tan diversas como la medicina, la psicología, la sociología, la estadística, la traducción e interpretación y la ciencia política. Todos ellos ponen en común sus conocimientos y experiencias sectoriales facilitando una mejor aproximación global al fenómeno y propiciando, en consecuencia, su mejor comprensión y posibilidades de abordaje de cara al futuro. En esta línea, se destaca la evolución que ha experimentado el tratamiento de los menores, en particular, en supuestos transfronterizos. Así, de una aproximación basada en la protección general de la infancia globalmente considerada, se ha pasado a tratar de garantizar la protección sin discriminaciones de los derechos de un grupo heterogéneo, tanto por edad como por circunstancias. En este contexto, el internacionalmente reconocido interés superior del menor constituye el

principio de regulación e interpretación normativa básico que, por lo demás, debe equilibrarse en todo caso con otros intereses en presencia.

La obra se estructura en siete partes. La primera aborda la situación de la infancia, adolescencia y juventud en España (3 capítulos). La segunda se centra en cuestiones de identidad personal y familiar de los menores (5 capítulos). La protección de la infancia, adolescencia y juventud se abordan en la tercera parte en el marco del Derecho de familia (9 capítulos) y en la cuarta parte respecto de los migrantes sin referentes familiares (6 capítulos). La quinta parte se orienta hacia la protección de los menores en situaciones de violencia de género (9 capítulos); la sexta se destina a la protección de la infancia, adolescencia y juventud en la sociedad digital, así como en entorno educativo-laboral y social de integración (9 capítulos) y, finalmente, la séptima parte, abarca el estudio de las políticas públicas (incluido el asilo) y recursos de la sociedad civil para promover la igualdad de género en las situaciones transfronterizas que afectan a los menores (8 capítulos). Todos los capítulos cuentan con apartados específicos de conclusiones y de referencias bibliográficas.

La primera parte constituye un bloque introductorio en el que, tras presentar una perspectiva histórica de la consideración jurídica de la infancia en España (cap.1), se analiza la presencia de menores extranjeros en familias (perfiles socio-laborales) dentro de nuestro país (cap.2) y se facilitan datos estadísticos, con dimensión de género, sobre menores extranjeros en situaciones irregulares y regulares en Andalucía (cap. 3). Tras esta contextualización, se entra en el segundo bloque relativo al estudio de las cuestiones de identidad de los menores partiendo del análisis del interés superior del menor como principio general de actuación —que en el estudio se concreta en las instituciones de la nacionalidad, la *Kafala* y la gestación por sustitución— (cap. 4). Así, sin perder de vista la dimensión transfronteriza de la obra y atendiendo tanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como al conjunto del Derecho de la UE, se abordan cuestiones identitarias entre las que, además del derecho al nombre (cap. 5) y el establecimiento en su caso del vínculo familiar en las situaciones de gestación subrogada (cap. 6), se trata el abordaje de la identidad de género y el cambio de sexo en el ordenamiento jurídico español (autonómico y estatal) que, en cualquier circunstancia, debe promover la cautela alrededor de la adopción de decisiones durante la minoría de edad (caps. 7 y 8).

Continuando con una sistemática organizada cronológicamente, una vez tratadas las cuestiones de identidad del menor, el tercer bloque atiende fundamentalmente a la incardinación de su protección en las relaciones familiares. Comienza con un análisis desde el Reglamento UE 2019/1111 y del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre las autoridades judiciales competentes en materia de protección de menores (responsabilidad parental y traslado o retención ilícita; cap. 9), incorporando asimismo un estudio sobre la guarda de hecho de menores —también con discapacidad— en España tras su reciente modificación en 2021 (cap. 10) y sobre la *Kafala* marroquí (en francés), cuyo encaje en nuestro ordenamiento (y en el de varios Estados europeos) ha suscitado no pocos debates (cap. 11). En este contexto se trata de nuevo de la situación de los menores nacidos de contratos de gestación subrogada —haciendo hincapié en la jurisprudencia del TEDH y sus repercusiones— (cap. 12) y se introduce, como modalidades de violencia de género, el estudio de los casos de impago de pensiones alimenticias (en España y en el extranjero atendiendo a la competencia judicial internacional,

la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución) para cuya superación se hace imprescindible la cooperación internacional de autoridades soslayando las deficiencias detectadas en el sistema (cap. 13). Además, se analiza también la situación jurídica de los abuelos que reclaman mantener contacto con sus nietos (cap. 14) y la protección de los intereses de los menores en actuaciones ante notario (cap. 15). Para finalizar, se introducen dos estudios sobre el traslado o retención ilícita de menores que presentan el estado de la cuestión en Argentina (caps. 16 y 17).

El cuarto bloque se sitúa en el ámbito del Derecho de la extranjería centrándose en la situación de los menores migrantes sin referentes familiares en España. Para ello se analizan en primer lugar Dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de la ONU sobre la no muy afortunada aplicación en nuestro país de la Convención de los derechos del niño, incluyendo casos relativos a expulsión, derecho a la educación y determinación de edad de los menores (cap. 18). Sobre esta última cuestión, así como sobre la identificación del menor no acompañado y su reubicación, tratan sendos capítulos (caps. 19 y 20), ocupándose otros dos, del régimen general aplicable a estos menores (cap. 21) y, en particular, de las medidas relativas a aquellos con discapacidades (cap. 22). Por último, se incorpora un estudio sobre el enfoque del Derecho alemán a la problemática que experimentan estos menores migrantes (cap. 23).

En el quinto bloque se concentran los estudios sobre la protección de los menores en entornos de violencia de género. Se inicia con un estudio normativo y jurisprudencial español sobre el impacto de la violencia de género (cap. 24), que es seguido de dos trabajos en los que se analiza el caso específico de las sustracciones de menores ocurridas en tal contexto; en particular, las decisiones de devolución adoptadas en casos de madres sustractoras víctimas de violencia para las que la salida del artículo 13.b del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 resulta inoperante y el mecanismo de prevalencia del Reglamento 2019/1111 parece abrir cierto margen de acción (caps. 25 y 26). De modo paralelo, se presentan las medidas de protección del Derecho marroquí en casos de violencia de género contra extranjeras y su descendencia (cap. 28). Por lo demás, junto con la consideración general de la violencia de género en el ámbito de la extranjería (cap. 27), como formas señaladas de violencia de género sobre los menores, se analizan las medidas para confrontar los matrimonios forzados en nuestro país (cap. 30), así como la posibilidad, de *lege ferenda*, de acceder a la nacionalidad española tras la maternidad resultado de delito (cap. 32), y se presenta el sistema iberoamericano protector de la juventud para la lucha frente la prostitución y pornografía infantil (cap. 29). Cabe destacar el análisis de las cuestiones que, respecto de la protección de los menores y de su intervención en los procedimientos en el ámbito del Derecho de extranjería y en contextos de violencia, requieren la intervención médico-forense (cap. 31).

El sexto bloque analiza aspectos sectoriales de la protección de los menores en un entorno transfronterizo en el que, más allá de la educación y del acceso a la protección y los servicios sociales, las nuevas tecnologías tienen un impacto destacado. Así, junto con los estudios del derecho a la educación de los extranjeros —con especial referencia a la situación en Ceuta y en Melilla atendiendo en particular al caso de los menores marroquíes no empadronados (cap. 36), así como a aquellos con discapacidad (cap. 37)— y otro sobre su estatuto jurídico y acceso a las prestaciones sociales básicas (cap. 35), se incorporan dos trabajos sobre la protección de los menores en la sociedad digital (cap. 33) y sobre la protección de sus datos personales

en transferencias internacionales (cap. 34) y un tercero sobre la función social que llevan a cabo los juzgados de menores (cap. 41). En este bloque se incorporan también trabajos sobre los modelos de la información periodística (cap. 39) y comunicación lingüística (cap. 38) para la concienciación en materia de género, así como sobre la creación de entornos adecuados para el tratamiento psicosocial de los menores migrantes que, como todo migrante, padecen la llamada “pérdida ambigua” (cap. 40).

Finalmente, el séptimo bloque recopila los trabajos sobre las políticas públicas y los recursos de la sociedad civil destinados a que la igualdad de género se implante en las medidas para la protección de los menores en situaciones transfronterizas. El primero aborda esta cuestión desde la perspectiva de la ciencia política (cap. 42). El segundo se centra en la política de asilo de la UE (cap. 43), incluyéndose también estudios sobre el papel de los sindicatos en la protección y bienestar de los menores (cap. 49) y sobre la autonomía reproductiva de las menores extranjeras en nuestro país (cap. 48). Con la vista puesta especialmente en Andalucía, el tercero y el cuarto se ocupan de la actuación institucional para la protección de mujeres y de sus hijos en situaciones de violencia de género; uno mediante el Sistema de Seguimiento Integral de los Casos de Violencia de Género (VioGén) implantado por el Ministerio del Interior (cap. 45) y otro a través del uso de los recursos del Instituto Andaluz de la Mujer (cap. 44). En esta línea, se continúa con el estudio de las políticas públicas que afrontan la trata de menores (cap. 46), los derechos de visita de aquellos que se encuentran con sus madres en situación de acogida (cap. 47) en esta comunidad autónoma.

Como se desprende del desglose de sus contenidos, es ésta una obra que desgrana el estudio de una realidad compleja cuyo tratamiento satisfactorio requiere partir de una visión global del polifacético fenómeno migratorio y, en definitiva, de las situaciones transfronterizas, en las que se ven involucrados los menores; una categoría que, por lo demás, comprende a niños, adolescentes y jóvenes, cada uno con sus peculiaridades. Apoyado en un colectivo muy diverso de académicos y profesionales con amplios recorridos en la materia, el acercamiento pretendido se logra plenamente no sólo por el carácter omnicomprendivo a la realidad analizada, sino también por la común línea de trabajo adoptada para el análisis, que no es otra que la perspectiva de género con la que se persigue superar las desigualdades y consolidar la defensa de los derechos humanos. El lector podrá encontrar todo tipo de contrastada información y sólidos análisis relativos a las múltiples cuestiones y procedimientos jurídicos —salpicados de necesidades de atención forense, psicológica y social— que rodean la identidad, las situaciones familiares y administrativas, las medidas de protección pública, y la violencia de género de los menores en el entorno transfronterizo. Además, la obra mira al futuro incorporando propuestas de mejora que, de ser tenidas en cuenta, contribuirán, como expresa el ánimo de su directora, “a avanzar hacia una sociedad inclusiva e igualitaria” que no deje atrás y proteja a las y los menores de edad con independencia de su nacionalidad y sus circunstancias socio-familiares.

Carmen Otero García-Castrillón
Universidad Complutense de Madrid

ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S. (coord.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado, problemas y soluciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 299 pp.

La publicación de la presente obra colectiva representa uno de los principales resultados de un visionario Proyecto de investigación liderado por el Prof. Alfonso Ortega Giménez denominado “Teletrabajo transfronterizo y Derecho internacional privado”. Un trabajo compuesto por once capítulos interdisciplinares en los que los diversos autores cuestionan, desde la mirada del trabajador tradicional, las repercusiones del cambio de paradigma en las relaciones laborales, producto del fenómeno de la informatización de estas, en convivencia con el aumento de grupos empresariales y de flujos migratorios resultado de la globalización de la economía. Las contribuciones centran en el teletrabajo en España, aunque dos de ellas se dedican al teletrabajo en México.

Aunque la obra no se halla dividida en bloques temáticos, atendiendo al contenido de las diferentes contribuciones, podemos afirmar que éstas giran en torno a varios ejes temáticos, como son el estatus legal de extranjería de quien entra y permanece el teletrabajador extranjero en España (Capítulos 6 y 8); la legislación social y laboral aplicable a la relación contractual del teletrabajador en España, atendiendo a si proviene de un Estado miembro de la UE o de un tercer Estado o a si el trabajador es desplazado desde España a un tercer país (Capítulos 2 y 5); la calificación de la relación contractual entre prestador y prestatario del servicio y monitorización de su teletrabajo (Capítulo 3); los foros de competencia judicial internacional con los que cuenta el teletrabajador para demandar al empleador en caso de litigio transfronterizo relativo a su relación laboral o profesional (Capítulo 7); la transferencia internacional de datos del teletrabajador a una empresa localizada en un tercer Estado (Capítulo 1); el ciber acoso en el teletrabajo (Capítulo 11); el teletrabajo en el sector público (Capítulo 10) y, finalmente, el teletrabajo en México (Capítulos 4 y 9).

Por lo que se refiere a la regulación del teletrabajo en el Derecho de extranjería español, debemos señalar que no es hasta la reforma de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, llevada a cabo por la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, cuando se incorpora expresamente la figura del teletrabajador de carácter internacional, aunque esto no quiere decir que, a efectos prácticos, no se ejerciera el trabajo a distancia bajo otra modalidad de autorización de estancia, residencia y/o trabajo contemplada en el régimen general de extranjería, en el régimen comunitario, en el propio régimen especial de extranjería de la Ley 14/2013 previo a su reforma de 2022, o en el régimen especial de asilo y refugio (*Vid.* Serrano Sánchez, Lucía I., 2023, “Teletrabajadores a distancia extranjeros y derecho de extranjería. ¿Quiénes son y cuál es su estatus jurídico?” en *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el S.XXI*, Tirant lo Blanch, pp. 491-516). En ese sentido, el abogado Germán Parra Batres señala en el Capítulo 6 de la obra recensionada que el teletrabajo es una subespecie de trabajo a distancia que ya venía contemplada en la legislación laboral española con anterioridad a esta modificación de la legislación de extranjería mencionada, destacando el hecho de que la nueva normativa contempla un nuevo visado y una autorización de residencia específica creados por razones de interés económico (pp. 173-182). La definición del teletrabajo es ampliada por la

Profa. Lerdys Saray Heredia Sánchez en el Capítulo 8, al señalar, adhiriéndose a un sector de la doctrina, que cabe entender como tal “el trabajo remoto, móvil, e-trabajo...” (p. 210), pudiendo ser ejercido tanto por cuenta ajena como por cuenta propia por nacionales de terceros Estados (p. 217). En el caso de los teletrabajadores de carácter internacional por cuenta ajena, éstos deberán trabajar para una empresa radicada fuera del territorio español, mientras que los teletrabajadores por cuenta propia podrán trabajar hasta un 20% de su actividad profesional para clientes radicados en España (p. 226). Hay que tener presente que la normativa de extranjería ha sido perfilada tras la publicación de esta obra colectiva, a través de la Instrucción conjunta del Director General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y el Director General de Migraciones sobre los aspectos prácticos de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en lo que se refiere a las solicitudes visados y autorizaciones de residencia de teletrabajo de carácter internacional, de 29 de marzo de 2023.

Los teletrabajadores extranjeros documentados deberán o no estar afiliados a la Seguridad Social en España atendiendo a si ejercen exclusivamente su actividad laboral o profesional en un Estado miembro de la UE, o lo hacen en dos o más Estados miembros, y a si son o no trabajadores desplazados. En el caso de los trabajadores desplazados, a los que alude la Profa. Ángela Martín-Pozuelo López en el Capítulo 2, su afiliación a la Seguridad Social y su relación de protección social quedan regulados por el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (pp. 61-90), debiéndose tener presente que, de la lectura conjunta del libro, se desprende que el término “trabajador desplazado” es utilizado en su más amplia expresión, esto es, sin que quede delimitado por la casuística del Derecho de extranjería, no refiriéndose, por tanto, de manera exclusiva a los trabajadores extranjeros que ostenten una autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (art. 43.2 Ley Orgánica 4/2000, arts. 110-116 Reglamento de Extranjería y Ley 45/1999).

Por su parte, el Prof. Francisco Javier Fernández Orrico, en el Capítulo 5, se refiere a dos posibles situaciones en las que se requiere la identificación de la ley aplicable en materia de seguridad social y de relaciones laborales. La primera de ellas es la de los trabajadores que residen en un solo país, a quienes se les debe aplicar la normativa de ese país, con independencia de la nacionalidad del trabajador (p. 144). Y la segunda es la de los trabajadores que se desplazan por dos o más Estados miembros de la UE, a los que se les debe aplicar la normativa europea, distinguiendo dentro de esta segunda categoría de trabajadores entre los que son ciudadanos de la UE o los que son nacionales de terceros Estados. A los ciudadanos de la UE, en materia de Seguridad Social, los somete al Reglamento 883/2004, previendo la aplicación, en lo que concierne a sus relaciones laborales o profesionales, del Reglamento 593/2008 (RR-D). Y por lo que respecta a los trabajadores nacionales de terceros Estados, aunque les aplica también este último Reglamento en lo referente a sus relaciones laborales, en cuanto a su Seguridad Social les hace extensiva la aplicación del Reglamento 883/2004 en virtud de los Reglamentos 1231/2010 y 987/2009 (p. 145). En cualquier caso, hay que tener presente que la legislación en este último punto ha sido también reformada tras la publicación de la obra para incluir a los trabajadores empleados en España por una empresa que ejerce sus actividades en territorio español y que son enviados a otro país con el fin de realizar un trabajo asalariado.

Este nuevo supuesto ha sido recogido en la Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español, y por la que se deroga la OM de 27 de enero de 1982, siendo esta última una normativa que ha entrado en vigor el 1 de noviembre de 2023.

Cualquiera que sea el tipo de “teletrabajador” ante el que nos encontremos, esto es, tanto si es un teletrabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, y, con independencia de cuál sea el tipo de autorización de residencia que ostente, e incluso de si cuenta o no con una situación administrativa regular en España, lo cierto es que de su relación laboral o profesional puede en cualquier momento surgir un litigio transfronterizo respecto a su contrato individual de trabajo o a su contrato de prestación de servicios, pudiendo darse un problema de calificación, como cuestión previa, del tipo de relación mantenida entre el prestador y el prestatario del servicio.

A nuestro modo de entender, este problema de calificación, previo a la determinación de la jurisdicción internacional competente, será más factible que ocurra con aquellos teletrabajadores que no cuentan con un visado o una autorización de residencia que les habilite a trabajar en España, o con españoles o ciudadanos de la UE que trabajan para empresas o clientes con domicilio en terceros Estados. Si se trata de teletrabajadores extranjeros, y estos han superado el correspondiente trámite de extranjería, habrá registrada prueba documental suficiente de la relación laboral o profesional existente. El propio visado o la autorización de residencia habilitando a trabajar que le hayan sido concedidos al teletrabajador serán *per se* en prueba pública y fehaciente para la calificación previa de la relación como laboral o como profesional. No obstante, para el caso de que se trate de un teletrabajador español o de ciudadanía europea que trabaje para una empresa o para clientes domiciliados en el extranjero, o bien de un teletrabajador nacional de tercer Estado que no cuente con la preceptiva autorización de residencia que les habilite a trabajar para una empresa o para clientes domiciliados en el extranjero, será preciso acudir a otros medios de prueba, como pudieran ser las fuentes de prueba digitales. En ese punto, resultan de especial utilidad los medios de prueba propuestos por el Prof. Carlos Tur Faúndez en el Capítulo 3 (pp. 91-125). Señala el autor que existen diferentes herramientas digitales para la monitorización de teletrabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. Los datos procesados por estas herramientas podrían constituirse en la prueba documental o digital necesaria para demostrar el tipo de relación laboral mantenida entre demandante y demandado, aunque, como reconoce el propio autor, se trata en cualquier caso de pruebas que podrían ser impugnadas (p. 121).

Otro de los problemas que suscita la determinación de la competencia judicial internacional en materia de teletrabajo es el que plantea el Prof. Guillermo Palao Moreno en el Capítulo 7 (pp. 183-205): el relativo a la falta de definición de qué se entiende por contrato individual de trabajo en el RB I bis a la hora de deslindar las relaciones laborales de las prestaciones de servicios profesionales (p. 193). Ya no se trata, por tanto, de cómo probar si existe una relación laboral o profesional, sino que el problema en este caso lo plantea el vacío legal existente en la propia normativa sobre competencia judicial internacional al no ofrecer definición alguna de lo que, por contrato individual de trabajo, se ha de entender, vacío que necesariamente se ha de subsanar para poder garantizar la necesaria tutela judicial efectiva de los derechos de los teletrabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. El autor, tras la identificación de la nor-

mativa aplicable en la determinación de la competencia judicial internacional en los conflictos laborales transfronterizos, como es la contenida en el Reglamento 1215/2012 (RB I bis), en el Convenio de Lugano II, en la LOPJ y la Ley 45/1999 (p. 189), denuncia acertadamente la inexistencia de un marco legal aplicable a los contratos de trabajo de los teletrabajadores, lo que lleva a que se acaben aplicando las soluciones generales previstas para los contratos individuales de trabajo (pp. 188-189). Y, ante esta realidad, reclama el Prof. Palao Moreno un marco regulador específico del teletrabajo internacional (p. 205).

Al margen de las diferencias que entre teletrabajador y empleador se pueden derivar de la relación contractual existente entre ambos, pueden asimismo surgir desavenencias entre ambos por la falta de la debida diligencia por parte del empleador en el tratamiento de los datos personales del teletrabajador. En ese sentido, el Prof. Alfonso Ortega Giménez centra el foco de atención en los trabajadores de grupos empresariales y en lo que denomina mecanismos adecuados para legitimar transferencias internacionales de datos (pp. 21-60). Denuncia que hay una situación de desprotección del titular del derecho a la protección de datos ante un tratamiento ilícito internacional de éstos (p. 33), al tiempo que aboga por la incorporación de nuevos criterios a la hora de clasificar las transferencias internacionales de datos que no pongan el punto de mira solo en los sujetos que realizan la transferencia, sino también en el país de destino, en el objeto, y en los sujetos intervinientes, así como en la finalidad con la que se realiza la transferencia internacional (pp. 33-43). Para materializar el derecho de protección de los datos de los trabajadores, defiende la aplicación de cláusulas contractuales tipo, así como un control previo ejercido por una “autoridad de control” que atienda a los parámetros de nivel de protección preestablecidos por la Comisión Europea para la transferencia internacional de datos personales desde el espacio de la UE y EEE a terceros países (pp. 43-53). El derecho aplicable a estas cláusulas contractuales tipo, en opinión del autor, debe ser elegible y admitir la existencia de terceros beneficiarios (pp. 52-53). Finaliza el Prof. Ortega destacando la diversidad de cláusulas contractuales tipo, así como las obligaciones para los importadores (pp. 53-56).

Otras de las cuestiones conexas al teletrabajo son las referidas a la seguridad y a la salud en el trabajo, así como a la violencia digital y al acoso cibernético, cuestiones éstas que son abordadas en el Capítulo 11 por la Profa. Purificación Cremades García (pp. 271-299). Entre los peligros del uso de las tecnologías de la comunicación destaca la auto explotación, con repercusiones en la salud del trabajador (p. 277). También el *mobbing* y el acoso (pp. 283 y 284).

Mención especial merece asimismo la cuestión del teletrabajo por parte de los empleados públicos, cuestión a la que se refiere Prof. Rubén Martínez Gutiérrez en el Capítulo 10, centrandolo su estudio en la regulación que de la misma se lleva a cabo en el RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (pp. 251-269). Entre los caracteres del teletrabajo de los empleados públicos están los siguientes: no debe realizarse necesariamente en el domicilio del trabajador; no debe estar relacionado con la conciliación familiar, y no todo trabajo en la Administración puede desarrollarse en la modalidad de trabajo a distancia (p. 256). Las herramientas informáticas para el ejercicio del teletrabajo por parte de empleados públicos podrían servir, incluso, para la evaluación del desempeño de este, midiendo su eficacia y eficiencia (pp. 259-260). Al igual que sucede con los trabajadores por cuenta ajena, la prestación de servicios mediante teletra-

bajo por parte del empleado público debe ser voluntaria, y además debe ser compatible con la modalidad presencial (pp. 261-262). Finaliza el autor destacando que el “marco legal estatal es insuficiente y ambiguo, provocando enormes divergencias en la regulación del teletrabajo en el ámbito público” (p. 269).

La obra recensionada, por último, dedica al teletrabajo en México dos de sus capítulos, en concreto los Capítulos 4 y 9, de los que son responsables, respectivamente, la Profa. Eglá Cornelio Landero y la Dra. Nancy Nelly González Sanmiguel. En el primero de ellos se analizan los aspectos conceptuales, las condiciones laborales en el teletrabajo, así como la nueva normativa que, en relación con este tema, está pendiente de aprobación en México. El segundo, por su parte, está destinado a mostrar las políticas efectivas para la regulación del teletrabajo en el país azteca. Dos contribuciones, sin duda, en las que se ofrece una interesante perspectiva comparada en lo que a la regulación del teletrabajo se refiere.

Las cuestiones expuestas son solo unas pequeñas pinceladas de los principales retos a los que se enfrentan los teletrabajadores al establecerse en España o en cualquier país, retos que han sido abordados de forma rigurosa, y con aportaciones innovadoras y constructivas, por cada uno de los autores que han participado en esta magnífica obra. De ahí que auguremos a este trabajo una gran acogida entre los lectores a los que va dirigido: profesionales y estudiosos del Derecho.

Lucía I. Serrano Sánchez
Universidad de Málaga

PETIT DE GABRIEL, E.W. (Dir.), *Valores (y temores) del estado de derecho: libertad de expresión vs. delitos de opinión en Derecho internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 347 pp.

Cualquiera que se haya acercado a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se habrá tropezado con una de sus máximas que pone de manifiesto la importancia que tiene la libertad de expresión para toda sociedad que se considere democrática; a saber: “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad” (TEDH. “Handyside c. Royaume-Uni” de 7 de diciembre de 1976, as. 5493/73, par. 49. ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372). Esta afirmación fue formulada por la jurisdicción europea a mediados de la década de los setenta del siglo pasado y la sigue reiterando en su jurisprudencia más reciente. Y es que la máxima en cuestión no ha perdido un ápice de virtualidad en un mundo, como en el actual, en el que la libertad de expresión continúa estando en riesgo, cuando no vetada, en regímenes estatales que curiosamente se presentan como democráticos. Por tal motivo, la libertad de expresión sigue siendo un bien y un valor merecedor de protección jurídica, tanto interna como internacional, así como un cimiento a la vez que un indicativo de las libertades y la pluralidad que caracterizan a las sociedades avanzadas de nuestros días.

Sin embargo, la libertad de expresión puede ser sobre utilizada y malempleada para convertirse en un instrumento a través del cual falsear y denostar poniendo en riesgo, precisamente, la convivencia social que es una de las finalidades que su buen uso pretende apuntalar. Ese riesgo ha crecido de forma exponencial conforme han proliferado los cauces a través de los cuales expresarse; vías mediante las que las opiniones pueden exteriorizarse hasta alcanzar cualquier rincón del planeta de manera instantánea. Al mismo tiempo, las nuevas posibilidades abiertas por la reciente tecnología aplicable a esos canales han permitido su vulgarización en el sentido de que quienquiera, con fácil acceso a las mismas, puede expresarse y ser visto, escuchado o leído evitando así que sus manifestaciones estén filtradas por los medios convencionales. Con razón afirmaba el maestro Umberto Eco que la aparición de *internet* había propiciado el afloramiento público de una “multitud de imbéciles” cuyas opiniones tienen el mismo valor que las de un premio Nobel [Ver: <https://www.lastampa.it/cultura/2015/06/11/news/umberto-eco-con-i-social-parola-a-legioni-di-imbecilli-1.35250428/> (consultado en octubre de 2023)].

Esa accesibilidad y publicidad ha facilitado lo que se ha venido a denominar, precisamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una de sus sentencias de finales de los noventa del pasado siglo, como “discurso del odio” o “*hate speech*” (TEDH. “Sürek v. Turkey (No.1)” de 8 de julio de 1999, as. 26682/95, par. 62. ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002668295). Con ello hacía referencia a aquellas expresiones que promueven, incitan, propagan o justifican la intolerancia, la discriminación y la hostilidad contra colectivos o personas concretos (Consejo de Europa. Comité de Ministros. Recomendation nº 97(20) de 30 de octubre de 1997). Este intencionado mal uso de la libertad de expresión tendría que ser prohibido por lo que tiene de ofensivo, discriminador, estigmatizador e, incluso, de violento; especialmente cuando nos encontramos ante casos graves y reprochables en los que “las palabras son más mortíferas que las balas” [Entrevista a Adama Dieng, Asesor Especial sobre el Genocidio, realizada el 27 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/stories/2019/09/interview-spe->

[cial-advisor-genocide-adama-dieng-hate-speech](#) (consultada en octubre de 2023)]. Precisamente a este fenómeno está dedicado la obra monográfica y colectiva que tengo el gusto de recensionar y en la que se estudia como el recurso a la normativa penal podría contribuir a prevenir y reprimir esas conductas lesivas contra individuos y grupos.

Partiendo de la base de la intervención mínima a la que esta llamado el Derecho penal, los autores de esta contribución necesaria y actual examinan como, principalmente, la jurisprudencia internacional, a falta de una normativa específica sobre el particular en este ámbito, interpreta y aplica la respuesta penal a ese tipo de comportamiento odioso. Concretamente, como se balancea la libertad de expresarse y la penalización de los excesos señalados en los que se atacan a personas.

Para alcanzar ese objetivo primordial, la obra se encuentra estructurada canónicamente en tres partes bien diferenciadas.

La primera se centra en el marco universal y se focaliza en la obra de las Naciones Unidas con una aproximación desde el Derecho internacional de los Derechos Humanos como del Derecho internacional penal. A la primera de las perspectivas corresponde el capítulo del Dr. Fabián Salvioli titulado: “Libertad de expresión en los instrumentos universales de protección de los Derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos internacionales de tutela: desafíos contemporáneos”. A esta aportación, le sigue, dos contribuciones desde el prisma del Derecho internacional penal en las que se examina si las prohibiciones penales pueden tipificarse como alguno de los crímenes internacionales más execrables: el crimen contra la humanidad y el de genocidio. Al primero de ellos dedica su trabajo la Dra. Juana Del-Carpio-Delgado bajo la denominación: “Discurso de odio en el Derecho penal internacional: su consideración, o no, de persecución como crimen de lesa humanidad”. Con respecto al segundo, el genocidio, especialidad de los crímenes contra la humanidad, figura el estudio rotulado: “La incitación al crimen de genocidio como límite a la libertad de expresión: de Nuremberg a Ruanda” a cargo de la Dra. Casilda Rueda.

La segunda parte de la obra, por contraste con la anterior, se limita al examen de los sistemas regionales en materia de Derecho internacional de los Derechos humanos, ofreciéndonos los resultados del análisis de los pronunciamientos de los Tribunales americano, europeo y africano. La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es presentada por la Dra. Julieta Morales Sánchez con el título de “Límites penales a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos: análisis de 1985 a 2021”. A la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea están dirigidos los trabajos de la Dra. Carmen Quesada con el nombre de: “La ¿in-necesaria? penalización del discurso de odio bajo la mirada del Consejo de Europa” y del Dr. Daniel González Herrera con la denominación: “¿Más poderosa la pluma que la espada? El discurso de odio en la Unión Europea”, respectivamente. La obra no sortea las aportaciones de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos —frecuentemente soslayada de estos tratamientos comparados— sobre el problema en cuestión. Los Dres. Andrés Rousset y Cintia Bayardi dan a conocer la posición del “joven” Tribunal africano al respecto.

La tercera y última parte alberga “cuestiones nuevas y antiguas en la criminalización de la libertad de expresión” donde se recogen tres capítulos en los que se abordan la relación entre

el discurso del odio y las redes sociales, la responsabilidad empresarial y la protección de la infancia. Así, la Dra. Iraida Giménez aborda la cuestión de “La libertad de expresión y las redes sociales a la luz del sistema interamericano de Derechos humanos”. La Dra. Libia Arenal vuelve a abordar la incitación al genocidio, ya tratada previamente por la Dra. Casilda Rueda, llevándolo al ámbito empresarial con su propuesta: “El discurso del odio *online* y la incitación al genocidio: limitaciones y alcance de la responsabilidad de la empresa Facebook en el caso *rohingya*”. Y, finalmente, el último capítulo, a la sazón, el décimo y último de la serie, destinado a ocuparse de: “La difícil conjugación entre opinión, divulgación, moral, religión, obscenidad y la protección de la infancia”, a la que se enfrenta el Dr. David Martín-Herrera.

Todas estas contribuciones se encuentran precedidas de una clarificadora y extensa: “Introducción” con la que la Dra. Eulalia W. Petit de Gabriel, quien firma como directora del conjunto, alecciona al lector ante lo que se va a encontrar en las páginas que le siguen. Para ello lo sitúa ante las intenciones y finalidades del proyecto acometido que ha sido objeto de cofinanciación pública bajo la rúbrica “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de)construcción de una sociedad (in)tolerante?”. Gracias a estas palabras iniciales el lector ha sido advertido desde el principio de que el hilo conductor en torno al cual gravita toda la obra es el binomio “libertad de expresión-delitos de opinión” y el equilibrio entre ambos en el contexto internacional-regional con las tres grandes aproximaciones que acabamos de avanzar: la universal, la regional y la temática.

Todo este abordaje garantiza un tratamiento del discurso del odio y de su eventual incriminación en la esfera internacional no sólo exhaustivo sino también armónico. Aunque hay cuestiones reiteradas en varias contribuciones, ello no obsta para que cada una de ellas presente su propia originalidad. El ensamblaje del conjunto no deja arista del fenómeno sin examinar lo que permite conocer desde la visión africana de la problemática, al papel en la misma de empresas como Facebook; desde la titubeante postura de los Tribunales internacionales garantes de los Derechos humanos que temen excesos en la prohibición de la libertad de expresión, o lo que es peor, su criminalización, hasta la acogida por los Tribunales internacionales penales que admiten que la incitación a acabar en todo o parte con grupos nacionales, étnicos, racionales o religiosos son una forma de participación en la comisión del crimen de genocidio.

Sin ánimo de avanzar conclusiones a los interesados en estos temas y futuros lectores de esta obra, prefiriendo que las infieran por sí mismos de la lectura de las 347 páginas del libro, índices incluidos, los dos interrogantes que considero que son clave para sumergirse en su lectura son los siguientes: el primero, ¿es necesario recurrir al “palo” olvidándonos de la “zanahoria” para responder a ciertas manifestaciones públicas? Y, en segundo lugar, ¿qué elementos aunar con vistas a tipificar esas conductas? Tal y como señala la Dra. Libia Arenal en su estudio: “el discurso de odio no se ha definido aún de una manera general, inequívoca o autorizada en el Derecho internacional” mientras que el que se practica *online* solo cuenta con un único instrumento internacional que le resulte aplicable; este es el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometido por sistemas informáticos de 28 de enero de 2003, ratificado por España en 2014 (BOE nº 26, de 30 de enero de 2015, pp. 7214-7224. A este primer Protocolo le ha seguido un segundo Protocolo “relativo a la cooperación reforzada y la revelación de pruebas electróni-

cas” ratificado también por nuestro país el 12 de mayo de 2022. BOE nº 63 de 28 de febrero de 2023, pp. 28-47).

Junto a los anteriores se añaden otros problemas secundarios, pero no menos importantes, como la distribución de responsabilidades en los emisores de las opiniones y los propietarios de los soportes de emisión o el tampoco menor de las jurisdicciones competentes para conocer de los delitos que se tipifiquen por iniciativa internacional o interna.

La obra está redactada de un modo claro y directo, sin tecnicismos insalvables e informaciones dadas por sabidas. Sus referencias y recuadros comunes, fruto de una labor de concertación y homogeneización en la presentación de los textos, coadyuvan a que su lectura pueda ser ágil, tornándose atractiva conforme avanzamos en sus páginas.

La trascendencia y expansión del fenómeno que aquí preocupa y la conveniencia regulación, penal o no, también en la esfera internacional, convierten a esta obra cooperativa, fruto de la colaboración interdisciplinaria e interuniversitaria, en un referente de obligada consulta para los internacionalistas y penalistas especialistas en las libertades de manifestación y cuestiones conexas; lectura que se vuelve aconsejable para los demás colegas que formamos parte del negocio jurídico. Es más, esa recomendación la hago extensible al resto de los ciudadanos, juristas o no. Al fin y al cabo, todos estamos interesados en que la libertad de expresión continúe siendo uno de los fundamentos esenciales de nuestras sociedades y que esta libertad no se convierta en un desagüe por el que circulen mensajes que la corroan y acaben por pudrir la democracia ¿O no?

José Manuel Sánchez Patrón
Universidad de Valencia

RODRÍGUEZ PINEAU, E. y TORRALBA MENDIOLA, E.C., *Delimitación del derecho aplicable en el Reglamento 2016/679: tutela jurídico-privada de la protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, 350 pp.

Conforme al artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, toda persona tiene derecho a la protección de los datos personales que le conciernan. Este compromiso de la Unión Europea con la protección de datos personales en plena era digital ha dado lugar a la modernización del marco jurídico en la materia, en forma de paquete de medidas adoptado en mayo de 2016. Entre tales medidas destaca el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), en vigor desde el 24 de mayo de 2016 y aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

El RGPD ha sido profusamente comentado. Sin embargo, la existencia de una vasta literatura al respecto no resta importancia a la obra objeto de recensión. Resultado de un proyecto de investigación subvencionado concretado en publicaciones previas, lo único que cabe reprochar a esta, vistos su propósito y su contenido, es que no sea *open Access*. La introducción por las coautoras indica el objetivo del libro, cuyo punto de partida es la escasa atención prestada a los conflictos de leyes: una afirmación que, a juzgar por el escaso número de cuestiones prejudiciales ante el TJUE (donde hasta la fecha se cuentan no menos de 80 cuestiones prejudiciales a propósito del RGPD) sobre el particular, es correcta. Desde esa premisa, el estudio ha pretendido identificar dónde se producen los conflictos de leyes, esto es, supuestos de concurrencia de la normativa RGPD con normas de otro origen con vocación a regular simultáneamente una misma situación, entendiendo la noción en sentido amplio: no solo conflictos que afectan a relaciones transfronterizas entre particulares, sino también los que ocurren entre normas de carácter público. La decisión de abordar ambos tipos de conflicto no es en absoluto casual: me remito a las reflexiones del epígrafe V del primer capítulo acerca del carácter híbrido del RGPD, con soluciones basadas en lógicas de tipo público, unas, y privado, otras, como la mejor explicación, además de muestra de la coherencia conceptual de toda la obra.

La exposición se ordena en cinco capítulos: uno, de introducción general; el segundo, sobre los conflictos de normas regulatorias; el tercero y cuarto abordan los conflictos en el ámbito jurídico-privado; el quinto ofrece un resumen de ideas-eje y propuestas de futuro. Objeto de esta reseña es dar cuenta de ellos, con atención especial al capítulo III.

Describir la naturaleza del RGPD —norma híbrida, imperativa y unilateral— poniéndola en relación con su alcance —extraterritorial e incompleto—, como se hace en el capítulo I, no sobra en el conjunto del libro. Antes bien, sustenta las afirmaciones acerca de las dificultades que resultan, en términos de regulación, en situaciones transfronterizas; justifica, por tanto, el propio estudio. El epígrafe V del capítulo, ya mencionado, resume con lucidez las consecuencias de aquella caracterización del reglamento, al tiempo que abre la puerta a los desarrollos que siguen.

En el capítulo II se examinan los conflictos entre normas que, inspiradas en una lógica de *public enforcement*, tienden a regular simultáneamente un tratamiento de datos con elementos transfronterizos. Para ello se distingue entre situaciones internas, en las que la concurrencia se produ-

ce entre normas de Estados miembros adoptadas al amparo de las cláusulas abiertas del RGPD, y las autoridades a cargo de aplicarlas; y situaciones que se califica de “externas”, en las que la acumulación normativa (o el fenómeno opuesto, esto es, el vacío de regulación) es entre el reglamento y leyes de Estados terceros que, como aquel, suelen delimitar su ámbito de aplicación de forma unilateral. El análisis concluye que el legislador europeo ha descuidado estos aspectos. Los mecanismos de solución de conflictos entre autoridades europeas que existen en el reglamento son incompletos, pues no contemplan el caso en que no participe la autoridad del Estado de establecimiento principal del responsable del tratamiento, lo que, por ende, significa que tampoco hay claridad sobre la ley que resultará aplicable en tales supuestos. En cuanto a los conflictos *ad extra*, no hay, sin más, solución alguna a una situación de solapamiento del RGPD con normas de Estados terceros, como tampoco a la ausencia de cualquier regulación.

Los conflictos de leyes relativos a las relaciones entre particulares son objeto de estudio en los capítulos III y IV. En aquel, tras constatar la falta de solución adecuada en la normativa en vigor, se intenta identificar en el propio RGPD puntos de conexión aptos para resolverlos. El capítulo IV pone a prueba esas propuestas en las relaciones entre responsables y/o encargados del tratamiento, y entre estos y el individuo cuyos datos personales están en juego.

El planteamiento del capítulo III separa de nuevo situaciones internas y externas. No hay para las primeras una norma de conflicto expresa en el RGPD y, a juicio de las autoras, no conviene recurrir a las generales, es decir, a los Reglamentos Roma I y Roma II. Estos se inspiran en una filosofía de igual valor de las reglas sustantivas concurrentes que no comparte el RGPD; por tal motivo, los puntos de conexión que consagran, neutros e indiferentes al contenido de la ley que resulte designada (y por ello, cabe añadir, de aplicación universal), no resultan apropiados. Ahora bien, si rechazar la aplicabilidad de los reglamentos Roma I y Roma II es, por lo expuesto, probablemente correcto, hacerlo resulta difícil a la luz de los propios textos. Quizá por ello, para relaciones jurídico-privadas ligadas a un tratamiento de datos con origen contractual las autoras cuestionan abiertamente la oportunidad de aplicar el Reglamento Roma I; en cambio, que lo descartan es algo que no acaban de expresar (ni justificar) formalmente con toda rotundidad. Las razones por las cuales estiman no aplicable el Reglamento Roma II a la responsabilidad extracontractual son más claras: se apoyan en la relación entre protección de datos personales y privacidad, y en la exclusión de esta última del ámbito material del reglamento.

En la medida en que el recurso a las normas de conflicto nacionales introduciría un factor de dispersión normativa en un contexto que el legislador europeo ha querido armonizar, el estudio propone identificar una norma de conflicto que, aunque implícita, se halla en el propio RGPD. A estos efectos no vale una bilateralización de su artículo 3, cuyo objeto es ante todo fijar el ámbito de aplicación de las normas jurídico-públicas contenidas en el propio reglamento. A partir de ahí, el esfuerzo argumental se dedica a defender la aplicación de la ley del centro de intereses del titular del derecho a la protección de los datos. La valoración correcta de esta proposición, que es una de las más críticas de la obra, exige que el lector no pierda de vista la distinción aludida entre conflictos *ad intra* y *ad extra*, y que el punto de conexión solo se proyecta a los primeros, sirviendo a determinar qué ordenamiento, *entre los de los Estados miembros solamente*, es aplicable. El riesgo de un “efecto mosaico” ligado al caso de titulares del derecho a protección con centros de intereses en varios Estados miembros es, a tenor de

las autoras, limitado, por cuanto ya el RGPD ha armonizado un buen número de aspectos de Derecho material —sobre este punto también es legítimo discrepar.

Para los conflictos *ad extra* se impone una distinción ulterior entre transferencias autorizadas y aquellas en las que el nivel adecuado de protección de los datos personales se garantiza de otro modo. De cara a las primeras, en un razonamiento paralelo al seguido hasta el momento las autoras buscan el punto de conexión en el RGPD: y, ahora sí, en su artículo tercero. Cuando el responsable del tratamiento no tenga un establecimiento en la UE y no intente captar datos en este mercado, cabe deducir de la citada disposición la aplicabilidad de la ley del establecimiento del responsable. A diferencia de la solución propuesta para las situaciones internas, la concebida para las externas responde a una lógica conflictual clásica: el ordenamiento así determinado es el que presenta más vínculos con la situación de hecho, y es previsible para todos los implicados.

Finalmente, cuando la transferencia de datos no se está autorizada con carácter general y queda sujeta a cláusulas contractuales (o, en su caso, a normas corporativas vinculantes), la protección adicional que pueda ofrecer la normativa europea solo quedará asegurada en la medida en que las disposiciones del RGPD afectadas puedan invocarse como internacionalmente imperativas.

Complementando la exposición del capítulo III, en el IV las autoras ponen a prueba las soluciones propuestas. Para ello, las proyectan a cuestiones, suscitadas por las remisiones y lagunas del RGPD, relativas a relaciones entre responsables y encargados, o entre ellos y las personas de cuyos datos personales se trate. En este contexto destaca el apartado sobre el artículo 82 RGPD, objeto ya de numerosas cuestiones prejudiciales ante el TJUE al hilo de litigios sobre daños inmateriales y derecho a indemnización. La norma posee a juicio de las autoras carácter material imperativo también en supuestos transfronterizos; y, como es parcial, atendiendo a lo expuesto en el capítulo III deberá completarse con las disposiciones de la ley del centro de intereses del afectado. Si estos, siendo varios, plantearan una acción colectiva, cabría pensar en un correctivo a la solución en la línea del artículo 6 Reglamento Roma II. Aunque lamentablemente este punto no se acompaña de mayores desarrollados en el libro, sí se hace una remisión en nota al pie a otra publicación realizada, entendemos, al amparo del mismo proyecto investigador.

El capítulo V opera como resumen de los que preceden, a lo que se añade propuestas para lo que entonces era futuro (el libro se cerró en mayo de 2022). Del conjunto, con independencia de que se compartan o no todas las proposiciones, solo cabe decir que se trata de una obra valiente, metódica en su análisis y rigurosa en los razonamientos: a cada solución acompaña, no solo una explicación que la apoya, sino un examen de porqué otra no valdría, o valdría menos. Falta un análisis de impacto, en particular económico, de las propuestas sobre un objetivo del RGPD que tiende con frecuencia a quedar obscurecido: sin duda el legislador europeo ha querido garantizar la protección de los datos personales, pero también promover su libre circulación. Ajustar ambas dimensiones requiere un estudio desde perspectivas no solo jurídicas. Por ello, la validación de las soluciones avanzadas en este libro (dedicado a la memoria de Alegría, sin más; y ya todos entendemos) exigirá algo más que una interpretación en Luxemburgo.

Marta Requejo Isidro
Instituto Max Planck de Luxemburgo

RUIZ SUTIL, C., *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Dykinson, Madrid, 2023.

Hay retos que son complicados, y llevar a cabo un estudio riguroso de las coordinadas que en el momento presente contiene nuestro ordenamiento jurídico para enfrentar la lacra de las violencias de género desde una perspectiva internacional supone un hercúleo esfuerzo. No sólo ya por poner orden en la marabunta de normas de distinto origen que proporcionan alguna respuesta a estas situaciones, sino por pretender en algunos casos introducir la perspectiva *gender mainstreaming* en ese conglomerado de normas, proporcionando una orientación hacia lo verdaderamente demandado, que no es otra cosa que se tenga en cuenta la posición real de la mujer en los casos de violencias de género y que las respuestas jurídicas que se proporcionen estén dotadas de esa perspectiva que no siempre se tiene.

En esta obra, de muy recomendada lectura, el lector podrá encontrar las respuestas jurídicas que en la actualidad existen desde la interdisciplinariedad y necesaria interconexión que aporta hacerlo desde el derecho de extranjería, el derecho de asilo o el Derecho Internacional Privado. Empresa nada fácil, como digo, que, sin embargo, la autora, con su amplio conocimiento del tema, que acredita en sus publicaciones previas sobre esta temática, afronta y resuelve con solvencia.

Con un interesante y documentado prólogo de la Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer, D^a. Teresa Peramato Martín, este trabajo se estructura en torno a tres complejos capítulos en los que se realiza un recorrido que parte de las distintas situaciones de extranjería en que se puede encontrar la mujer y sus respectivas y correlativas vulnerabilidades, hasta el abordaje del divorcio y las cuestiones de responsabilidad parental cuando existe violencia de género, no pudiendo faltar un capítulo, el último, de especial interés, dedicado a la necesidad de introducir el *gender mainstreaming* en los casos de sustracción internacional de menores. Es de destacar la labor didáctica de la obra que se aprecia en cómo la autora va guiando al lector a lo largo de su exposición, de manera que cada capítulo cuenta con una introducción en la que se avanza lo que se va a tratar y se cierra con una serie de conclusiones que, a modo de recapitulación de lo tratado, van clarificando el camino que el libro pretende que recorramos.

La profesora Ruiz Sutil utiliza con acierto el plural en violencias para reseñar que se trata de un concepto que abarca «*cualquier acto de violencia hacia las mujeres que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico*» (p. 1) y se encarga de dejar claro desde el principio que cuando estas violencias las sufre una mujer extranjera ello hace que se incremente su vulnerabilidad, por lo que es preciso que las respuestas jurídicas que se aporten no la acentúen.

En concreto, y entrando de lleno en el contenido del libro, el capítulo primero, dedicado al Marco jurídico de la extranjería y de la protección internacional para la extranjera víctima de las violencias de género, es un recorrido selectivo por las situaciones administrativas en las que se pueda encontrar una mujer extranjera en España, desde aquellas que soliciten asilo o protección internacional a quienes se encuentren bajo el régimen general de extranjería. La profesora Ruiz Sutil analiza si estos complejos estatutos de extranjería tienen suficientemente

en cuenta la perspectiva de género cuando existe cualquier tipo de violencia sobre la mujer, ya sea dentro de una relación de pareja, o cuando hayan sufrido violencia sexual o hayan sido objeto de trata. A su juicio, la compleja normativa de extranjería es insensible a estas situaciones con carácter general lo que conduce, en la mayoría de los casos, a una revictimización de la mujer. O dicho con otras palabras, a veces, la burocracia administrativa hacia la situación de extranjería genera una mayor desprotección de la mujer en estos casos. La autora apuesta, entre otros desafíos, por la creación de un instrumento europeo que incorpore un estatuto armonizado de residencia legal para las mujeres extranjeras que sean víctimas de violencia de género. Y, con carácter general, porque se implemente de forma adecuada el contenido del capítulo VII sobre migración y asilo del Convenio de Estambul que aporte visibilidad a las mujeres extranjeras que sufren distintas formas de violencia de género, otorgando una respuesta a su situación jurídico-administrativa adaptada a sus concretas necesidades.

El capítulo segundo está dedicado al análisis de las cuestiones de Derecho Internacional Privado derivadas del divorcio y la responsabilidad parental en el contexto de violencia de género en el seno de la pareja, pero la autora no se limita al análisis de las cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional y el derecho aplicable, que analiza con solvencia, sino que aporta luz acerca de cómo sería la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico proporcionaría en estos casos, de ser aplicable nuestro Derecho material, resultando, a mi juicio, una de las partes más interesantes de esta obra. En lo que se refiere al análisis de las normas de competencia judicial internacional y de derecho aplicable, la profesora Ruiz Sutil realiza, siempre con agudeza, un recorrido por los distintos preceptos, introduciendo siempre la necesaria perspectiva de género en todas las soluciones que aporta la normativa, no siendo esto posible en todos los casos, como acredita, por ejemplo, en lo referido a los artículos 12 y 13 del Reglamento (UE) 2019/1111 respecto de la competencia judicial internacional en responsabilidad parental, en los que destaca que el no haber enumerado entre los posibles vínculos más estrechos la referencia a la violencia de género como una vía para remitir o transferir en su caso el conocimiento de un asunto sobre esta cuestión ha sido un error, pues estos preceptos aportan la suficiente flexibilidad como para haber podido proporcionar una respuesta adecuada en estos casos.

El último capítulo constituye directamente una hoja de ruta para introducir la perspectiva de género en los casos de sustracción internacional de menores. En su pormenorizado análisis, la profesora Ruiz Sutil constata lo que es una realidad que cuesta aceptar, teniendo en cuenta que en los últimos años han aumentado de manera significativa los casos de sustracción internacional de menores llevados a cabo por las madres que huyen de su agresor que es también, no hay que ponerlo en duda, agresor de sus hijos que son, en el mejor de los casos, víctimas mudas de estas agresiones. En vez de dotar de soluciones flexibles para estos supuestos, que tengan en cuenta la situación de violencia que viven madre e hijo/s, las normas, provenientes de una época, los años 80, en que los casos tipo eran otros (normalmente, padre que en el ejercicio del derecho de visita, retenía ilícitamente al hijo en otro Estado diferente del de su residencia habitual), responden a una realidad que ya ha cambiado, y proponen, como regla general y expeditiva, la inmediata restitución de los niños a su Estado de origen. Esta regla que, puede estar justificada para algunos casos, hace aguas cuando se trata de traslados fundamentados en la violencia de género, pues parece que no tiene mucho sentido que se obligue a la restitución

del niño al Estado del que se ha huido. Y aunque conforme al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores se puede evitar la restitución si se logra demostrar el grave peligro que ello supondría para el niño, es ampliamente conocido que en los casos de violencia de género no siempre es posible demostrar su existencia, teniendo frente a ello mayor fuerza la necesidad de que los niños sigan teniendo contacto con ambos progenitores, presunción *iuris tantum* que es complicado desvirtuar. Como muy bien argumenta la profesora Ruiz Sutil, esto supone ignorar la perspectiva de género y expone a la madre, que se ha convertido además de víctima en infractora a un riesgo incrementado.

Sin duda, este libro supone un ejercicio resiliente y proactivo, que desde un análisis concienzudo, sosegado y bien documentado del contexto normativo propone soluciones para obtener respuestas justas ante situaciones que demandan un tratamiento ajustado a las necesidades de la mujer. Porque exigir la presencia de la perspectiva de género en las normas y en su aplicación no supone pedir un trato diferenciado, sino buscar el equilibrio jurídico que la realidad todavía niega a las mujeres. Cuando son los espacios de violencias unidos a la condición de extranjería los que deben abordarse, parece obvio que debe exigirse del Derecho un ejercicio de honestidad que anteponga la realidad de las vulnerabilidades de la mujer víctima para proporcionarle a continuación la respuesta que necesita. Este libro se alinea claramente en este sentido, y por ello debe ser muy bienvenido.

Esta obra se integra en el marco de varios Proyectos de Investigación, del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado “Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*”; de la Junta de Andalucía titulado “Análisis transversal y nuevas propuestas para las políticas jurídicas de retorno de emigrantes andaluces y la atracción de talento global en Andalucía”, así como el Proyecto Interinstitucional concedido por la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21 de Córdoba (Argentina), titulado “Aspectos internacionales en la protección de las personas migrantes y refugiadas: la transversalidad de la perspectiva de género”. Está editado por la editorial Dykinson y tiene una extensión de 161 páginas.

Antonia Durán Ayago
Universidad de Salamanca

