

REEI

# Revista Electrónica de Estudios Internacionales

NÚM. 47, 2024





REVISTA ELECTRÓNICA  
DE  
ESTUDIOS INTERNACIONALES

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**

*Catedrática de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**

*Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**

*Ministro en retiro de la Suprema  
Corte de Justicia de la Nación  
y miembro de El Colegio Nacional*

**MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**

*Catedrática de Derecho Penal  
de la Universidad Jaume I de Castellón*

**MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ**

*Catedrático de Derecho Procesal de la UNED*

**CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO**

*Catedrática de Derecho Civil  
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Juez de la Corte Interamericana  
de Derechos Humanos  
Investigador del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho  
de la Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*

**JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC**

*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Valencia*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**

*Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**

*Catedrática de Historia del Derecho  
de la Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

*Catedrático de Filosofía del Derecho  
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**

*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**

*Catedrática de Derecho Constitucional  
e Internacional en la Universidad de Colonia  
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**

*Catedrático de Derecho Internacional  
de la Universidad del Rosario (Colombia)  
y Presidente del Instituto Ibero-Americano  
de La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**

*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**CONSUELO RAMÓN CHORNET**

*Catedrática de Derecho Internacional  
Público y Relaciones Internacionales  
de la Universidad de Valencia*

**TOMÁS SALA FRANCO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

**ELISA SPECKMAN GUERRA**

*Directora del Instituto de Investigaciones  
Históricas de la UNAM*

**RUTH ZIMMERLING**

*Catedrática de Ciencia Política  
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

**Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:  
[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

REVISTA ELECTRÓNICA  
DE  
ESTUDIOS  
INTERNACIONALES

NÚM. 47, 2024  
ENERO-JUNIO

—  
TIRANT LO BLANCH  
VALENCIA-2024

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISSN: 1697-5197  
Maqueta: Innovatext

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

Responsabilidad Social Corporativa:  
<http://www.tirant.net/Docs/RSC Tirant.pdf>

# REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES

## DIRECTORA

Carmen Otero García-Castrillón  
*Universidad Complutense de Madrid*

## SUBDIRECTOR

Joan David Janer Torrens  
*Universidad de las Illes Balears*

## SECRETARIA

Alicia Chicharro Lázaro  
*Universidad Pública de Navarra*

## VOCALES DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

Sergio Salinas Alcega <i>Universidad de Zaragoza</i>	Irene Rodríguez Manzano <i>Universidad de Santiago de Compostela</i>
Isaías Barreñada Bajo <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	Rocío Caro Gándara <i>Universidad de Málaga</i>
Ricardo Rueda Valdivia <i>Universidad de Granada</i>	

## COORDINACIÓN DE LAS CRÓNICAS

### Derecho internacional público

Eva María Rubio Fernández <i>Universidad de Murcia</i>	María García Casas <i>Universidad Autónoma de Madrid</i>
---	---

### Derecho internacional privado

Beatriz Añoveros Terradas  
*Universidad de Barcelona*

### Política exterior española

Victoria Rodríguez Prieto <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	Montserrat Pintado Lobato <i>Universidad de Santiago de Compostela</i>
---	---

## CONSEJO ASESOR

Esther Barbé Izuel <i>Universidad Autónoma de Barcelona (España).</i>	Héctor Olásolo Alonso <i>Universidad del Rosario (Colombia).</i>
Christina Binder <i>Universität Wien (Austria).</i>	Andreu Olesti Rayo <i>Universidad de Barcelona (España)</i>
Andrea Bonomi, <i>Université de Lausanne (Suiza).</i>	Luis Pérez Prat-Durban <i>Universidad Pablo de Olavide (España).</i>
Douglass Cassel <i>University of Notre Dame (Estados Unidos de América.)</i>	Juan Pablo Prado Lallande <i>Universidad Autónoma de Puebla (México).</i>
Carlos Espósito Massicci <i>Universidad Autónoma de Madrid (España).</i>	Saad Regragui <i>Université Mohammed V de Rabat (Marruecos).</i>
Nuria González Martín <i>Universidad Nacional Autónoma de México (México).</i>	Marta Requejo Isidro <i>Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law (Luxemburgo).</i>
Mónica Guzmán Zapater, <i>Universidad Nacional de Educación a Distancia (España).</i>	José Manuel Sobrino Heredia <i>Universidad de La Coruña (España).</i>
Carlos Jiménez Piernas <i>Universidad de Alcalá (España).</i>	Javier Surasky <i>Universidad Nacional de La Plata (Argentina).</i>
Stefan Leible <i>Universität Bayreuth (Alemania).</i>	Christian Tomuschat <i>Humboldt University (Alemania).</i>
Gregory White <i>Smith College (Estados Unidos de América).</i>	

**La Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)  
figura en las siguientes bases de datos:**

- Web of Science ESCI (Emerging Sources Citation Index)
- ERIHPlus (European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences)
- MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas)
- DOAJ (Directory of Open Access Journals)
- LATINDEX CATÁLOGO v. 1.0 y v. 2.0
- ULRICH'S
- DULCINEA
- CARHUS Plus+ 2018
- DIALNET
- VLEX
- CIRC (Clasificación integrada de revistas jurídicas)
- ÍNDICES-CSIC. SCOPUS (Q3)
- SCOPUS
- Google Scholar
- IN-RECJ
- RELAREDI (Red Latinoamericana de Revistas y Publicaciones Derecho Internacional)
- REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico)
- REBIUN (Red de Bibliotecas Universitarias)
- SJR (Scimago Journal & Country Rank)
- World Cat



# ÍNDICE

## TRIBUNA

<b>“PAZ POR ESTADO”</b> .....	15
MIGUEL ÁNGEL MORATINOS	

## ESTUDIOS

<b>EL ENJUICIAMIENTO DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL CONTEXTO DE LA INVASIÓN RUSA DE UCRANIA: LA SIMBIOSIS ENTRE LAS JURISDICCIONES NACIONALES Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL</b> .....	19
ALICIA VILLAR MACÍAS	
<b>LA UNIÓN EUROPEA COMO PROVEEDOR DE SEGURIDAD MARÍTIMA EN LA REGIÓN INDO-PACÍFICA: DE LAS AMENAZAS TRADICIONALES A LAS NO CONVENCIONALES</b> .....	63
DAVID FERNÁNDEZ-ROJO	
<b>LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES: LAS LÓGICAS VIOLENTAS DE LA AUSTERIDAD DESDE LA SECURECONOMÍA GLOBAL FEMINISTA</b> .....	93
IRATXE PEREA OZERIN	

## NOTAS

<b>ECOCIDIO, ¿ES LA RESPUESTA JURÍDICA INTERNACIONAL ADECUADA FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO?</b> .....	119
JESÚS VERDÚ BAEZA	
<b>EL CONFLICTO ENTRE ARMENIA Y AZERBAIYÁN EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES UNIVERSALES: EL PAPEL DE LAS NACIONES UNIDAS</b> .....	141
ARTAK MKRTICHYAN MINASYAN ANA MARÍA MAESTRO CORTIZAS	
<b>EL FORMALISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A SU HUMANIZACIÓN: SUDÁFRICA CONTRA ISRAEL ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO EN LA FRANJA DE GAZA</b> .....	171
LIBIA ARENAL LORA	
<b>EL LUGAR DEL HECHO DAÑOSO EN LAS ACCIONES DERIVADAS DEL “DIESELGATE”: LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TJUE</b> .....	211
ANA CRESPO HERNÁNDEZ	
<b>LA AGRESIÓN Y LOS DEBERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. ¿ESTÁ OBLIGADO A DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UN ACTO DE AGRESIÓN?</b> .....	233
LUCIANO PEZZANO	
<b>LAS NACIONES UNIDAS Y LA REFORMA DE LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE</b> .....	273
ROBERTO PÉREZ SALOM	
<b>“SANCIONES” ECONÓMICAS UNILATERALES EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL: ¿VALE TODO O LÍMITES NECESARIOS A LOS ATAVISMOS REPRESIVOS DE UNA SOCIEDAD INTERNACIONAL PRECOMUNITARIA?</b> .....	307
HAROLD BERTOT TRIANA	

<b>SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL, DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y RESIDENCIA POR ARRAIGO LABORAL. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 414/2024, DE 24 DE ENERO .....</b>	339
GABRIEL DE LA MORA GONZÁLEZ	

<b>UNA DÉCADA DE REFORMAS EN EL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO Y LA SANTA SEDE: ANÁLISIS DE LA NUEVA GEOPOLÍTICA DE FRANCISCO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL.....</b>	375
VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO	

## CRÓNICAS

<b>CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO .....</b>	405
POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, C. QUESADA ALCALÁ, J. LASO PÉREZ, M. GARCÍA CASAS, E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO, M.C. MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. E. SALAMANCA AGUADO, E. M. RUBIO FERNÁNDEZ, A. D. ARRUFAT CÁRDAVA, Y V. MENÉNDEZ MONTERO	
COORDINADA POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ Y M. GARCÍA CASAS	

<b>CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .....</b>	461
POR J. M. FONTANELLES MORELL, M. HERRANZ BALLESTEROS, R. LAFUENTE SÁNCHEZ Y E. RODRÍGUEZ PINEAU	
COORDINADA POR B. AÑOVEROS TERRADAS	

<b>CRÓNICA DE LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA (NOVIEMBRE 2023–ABRIL 2024) ..</b>	499
COORDINADA POR V. RODRÍGUEZ PRIETO Y M. PINTADO LOBATO	

## RECENSIONES

<b>ARRENDONDO, R., <i>Diplomacia. Teoría y Práctica</i>, Aranzadi, Madrid, 2023 .....</b>	511
PABLO GÓMEZ-INIESTA	
JUAN LUIS MANFREDI	

<b>BLANC ALTEMIR, A. (Dir.), ORTIZ HERNÁNDEZ, E. y COS SÁNCHEZ, P. (Coords.), <i>Las relaciones comerciales de la Unión Europea con el resto del mundo. Un análisis desde la postpandemia y la agresión rusa a Ucrania</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2023 .....</b>	517
MARÍA ISABEL TORRES CAZORLA	

<b>CALVO VIDAL, I.A., <i>Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE</i>, Bosch, Madrid, 2023 .....</b>	523
PABLO QUINZÁ REDONDO	

<b>CAMARERO SUÁREZ, V. y REGUART SEGARRA, N., <i>Las migraciones y su impacto en el progreso de la libertad religiosa en España</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2023 .....</b>	529
JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL	

<b>CAMPINS ERITJA, M. y FERNÁNDEZ PONS, X., <i>Deploying the European Green Deal. Protecting the Environment Beyond the EU Borders</i>, Routledge, London/New York, 2024.....</b>	531
CARMEN LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ	

<b>CAMPUZANO DÍAZ, B., DIAGO DIAGO, P. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M<sup>a</sup>.A. (Dirs.), <i>De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 .....</b>	539
JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA	

<b>CANO LINARES, M<sup>a</sup>.Á. y MURO CASTILLO, A. (Dirs.), <i>Migraciones africanas con destino a la Unión Europea. Retos, prioridades y perspectivas en tiempos pandémico</i>. Dykinson, Madrid, 2023.....</b>	545
MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA	

<b>CARO GÁNDARA, R., <i>La fiducia como garantía en el comercio internacional</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023</b> .....	551
BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ-GÓMEZ	
<b>DURÁN AYAGO, A., <i>Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2024</b> .....	555
IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ	
<b>FAGGIANI, V. (Dir.) y GARRIDO CARRILLO, F.J. (Coord.), <i>La necesaria reconfiguración del derecho de asilo. Entre la dimensión interna y externa de la política migratoria de la UE</i>, Aranzadi, Navarra, 2023</b> .....	559
CAROLINA SOLER GARCÍA	
<b>GARCÍA ANDRADE, P. (Ed.), <i>Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023</b> .....	561
EIMYS ORTIZ HERNÁNDEZ	
<b>GOÑI URRIZA, N., <i>La libre circulación de servicios en la Unión Europea. El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles</i>, Bosch, Madrid, 2023</b> .....	565
F. JESÚS CARRERA HERNÁNDEZ	
<b>HEREDIA CERVANTES, I. (Dir.), <i>Cesiones internacionales de créditos. Retos presentes y futuros</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023</b> .....	567
LIDIA MORENO BLESA	
<b>HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, D., <i>El nuevo orden regional en Oriente Medio</i>, Editorial COLEX, Colección Geopolítica y Globalización de los Conflictos, A Coruña, 2023</b> .....	573
JOSÉ MIGUEL CALVILLO CISNEROS	
<b>JANER TORRENS, J.D., <i>Conflictos territoriales y Convenio Europeo de Derechos Humanos</i>, Aranzadi, Pamplona, 2023</b> .....	577
JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN	
<b>JIMÉNEZ PINEDA, E., <i>La Unión Europea y la promoción de sus valores y objetivos a través de los acuerdos con terceros</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024</b> .....	585
ALEJANDRO SÁNCHEZ FRÍAS	
<b>OANTA, G.A. (Dir.), <i>Los derechos humanos en el mar ante los desafíos de la transición ecológica y digital</i>, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2023</b> .....	589
EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA	
<b>PIGRAU SOLÉ, A. e IGLESIAS MÁRQUEZ, D., (Eds.), <i>Litigación en materia de empresa y derechos humanos: estudios de casos</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023</b> .....	593
NEREA MAGALLÓN ELÓSEGUI	
<b>RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (Dirs.) y CARRIZO AGUADO, D. (Coord.), <i>Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2024</b> .....	597
ISABEL ANTÓN JUÁREZ	
<b>RUEDA VALDIVIA, R. (Dir.), <i>Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023</b> .....	603
PILAR BLANCO-MORALES LIMONES	
<b>SÁNCHEZ COBALEDA, A., <i>La regulación jurídica internacional de los bienes de doble uso</i>, Marcial Pons, Madrid, 2023</b> .....	607
MARGARITA ROBLES CARRILLO	

<b>SÁNCHEZ FRÍAS, A., <i>Los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión Europea</i>, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023</b> .....	613
JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA	
<b>TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. y RUBIO FERNÁNDEZ, E.M. (Eds), <i>La contribución de la Corte Internacional de Justicia al imperio del Derecho internacional en tiempos convulsos: aproximaciones críticas</i>, Aranzadi, Madrid, 2023</b> .....	615
JESSICA ALMQVIST	
<b>URBANEJA CILLÁN, J., <i>La crisis del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 2023</b> .....	619
ÁNGEL J. RODRIGO	

**TRIBUNA**



## “PAZ POR ESTADO”

**MIGUEL ÁNGEL MORATINOS**

*Subsecretario General de Naciones Unidas*

*Alto Representante de la Alianza de Civilizaciones de Naciones Unidas*

Hace más de 100 años que Lord Balfour mandó su famosa carta a S.M. la Reina de Inglaterra Isabel II, proponiendo la creación de un “Hogar Judío”. Hace más de 77 años que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la resolución 181 para la creación de un Estado judío y otro árabe. Hace 76 años que el primer ministro israelí David Ben-Gurion solicitó el reconocimiento de Israel por parte de Naciones Unidas. Hace 32 años que se celebró la conferencia de Paz de Madrid. Y hace 31 años que se firmaron los Acuerdos de Oslo.

Todos estos hitos muestran la gran dificultad en encontrar una solución definitiva al conflicto entre dos pueblos, dos naciones, dos narrativas; en definitiva, dos historias. Sin embargo, hoy vivimos un momento de verdad, en el que las dos partes se ven envueltas en un conflicto existencial.

En un momento tan complicado y crucial como el señalado, es fundamental tener claro cuáles son nuestros principios, porque de ellos dependerá algo todavía más importante: lo que nos jugamos. En este caso, algo tan esencial como la paz y la seguridad. No solo en la región de Oriente Medio, sino la del mundo entero. Porque a estas alturas ya nadie puede discutir el alcance que este conflicto tiene a nivel global.

Los principios son claros: cumplir con la Carta de Naciones Unidas y respetar la legalidad internacional. Como recordaba ante el Consejo de Seguridad el Secretario General de Naciones Unidas, António Guterres, “incluso en las guerras hay normas”. La protección de los civiles en cualquier conflicto armado es primordial.

De igual manera que hay que condenar de manera rotunda y sin fisuras el brutal ataque de Hamas del 7 de octubre, que provocó 1.269 víctimas; también es momento de decir basta al castigo colectivo al que el Gobierno Israelí está sometido el pueblo de Palestina, especialmente Gaza, y que ya ha causado más de 35.000 muertos. La violencia debe parar. Los bombardeos deben parar. Los ataques indiscriminados sobre población civil deben parar.

Es absolutamente imperativa la liberación inmediata e incondicional de los rehenes israelíes, y, al mismo tiempo, es urgente un alto al fuego en Gaza. Esta guerra está condicionando la existencia de ambos pueblos.

Es precisamente ahora, cuando las espadas de guerra están alzadas, que ambos lados deben salir de la espiral de violencia y destrucción. Es ahora, cuando más difícil es, que es más necesario que nunca.

La gravedad de lo que está ocurriendo en Oriente Próximo exige un llamamiento en favor de la paz. No podemos dejarnos vencer por el abatimiento y el sentido de impotencia, pensando que

la paz es un objetivo imposible. No lo es. La paz no es ni un ideal, ni una utopía, ni un lujo. La paz es una necesidad. Todo depende de nosotros mismos y de nuestra voluntad de garantizar el sentido humano de nuestra existencia.

Para que Israel y Palestina puedan construir –de una vez por todas– una senda de paz y reconciliación, la solución de los “Dos Estados” resulta imprescindible. No hay alternativas. Los términos de referencia para convocar la Conferencia de Paz de Madrid en 1991 fueron “Paz por Territorios”. Es decir, los países árabes, incluidos los palestinos, ofrecían la paz a Israel a cambio del retorno de los territorios ocupados después de la “Guerra de los Seis Días” en 1967. Desgraciadamente, no se pudieron concluir felizmente las negociaciones.

En Oslo, los términos de referencia del acuerdo de 1993 fueron “Paz por Seguridad”. En esta ocasión, se optó por un proceso gradual en que Israel restituiría los territorios a medida que su seguridad fuese garantizada en los territorios ocupados tanto en Gaza como en Cisjordania. Aunque el presidente palestino Yaser Arafat reconoció el Estado de Israel, Israel no aceptó la creación de un Estado Palestino.

Ahora ha llegado una nueva oportunidad que yo considero que puede ser la última para la paz. Sea cual sea la manera de alcanzarla, ésta debe tener como elemento de referencia la de “Paz por Estado”, es decir, “paz” a cambio de “Estado Palestino”.

Hay que, por lo tanto, trabajar de inmediato para el reconocimiento del Estado Palestino por parte de la comunidad internacional. Algunos países ya han empezado, como España. Porque ya ha pasado el tiempo de las declaraciones de intenciones. Hay que definir el marco en el que las negociaciones entre israelíes y palestinos puedan desarrollarse en pie de igualdad –de Estado a Estado–, para abordar las distintas cuestiones pendientes y así poder alcanzar una convivencia de paz y seguridad en el futuro. Solo desde la igualdad de condiciones será viable una negociación que permita alcanzar un camino de paz duradera y estable.

Es también momento de que la comunidad internacional actúe y asuma responsabilidades. Debemos crear las condiciones necesarias para construir respeto y reconciliación, y reconstruir un campo para la paz, por muy difícil que parezca.

La gobernanza internacional debe y puede hacer uso de los instrumentos de los que se ha dotado desde su creación en 1945. Y, sobre todo, debe abandonar de una vez por todas el doble rasero en la gestión y resolución de los conflictos internacionales. Toda violación del derecho humanitario internacional es intolerable y, como tal, debe ser condenada sin ambages en todo el mundo y en todas las ocasiones. No hacerlo pone en jaque la credibilidad y viabilidad de un sistema de gobernanza internacional que se muestra incapaz de detener esta deriva deshumanizadora.

Como dijo el poeta alemán Johann Goethe, “aquel que no avanza en realidad retrocede”. Por ello, la inacción no es una opción. Y no solo por parte de las instituciones globales. Todos y cada uno de nosotros debemos luchar sin matices contra el antisemitismo desbordante y la



islamofobia rampante que se extiende por todos los rincones del mundo. Se trata de una responsabilidad individual y colectiva.

Los israelíes y los palestinos merecen un futuro digno y libre de esta crisis existencial que, de mantenerse, solo traerá más miedo, angustia e inseguridad. La solución son dos Estados en paz y seguridad.



# **ESTUDIOS**



# EL ENJUICIAMIENTO DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES EN EL CONTEXTO DE LA INVASIÓN RUSA DE UCRANIA: LA SIMBIOSIS ENTRE LAS JURISDICCIONES NACIONALES Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

## *THE PROSECUTIN OF INTERNATIONAL CRIMES IN THE CONTEXT OF THE RUSSIAN INVASION OF UKRAINE: THE SYMBIOSIS BETWEEN NATIONAL JURISDICTIONS AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*

ALICIA VILLAR MACÍAS\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONDUCTAS POTENCIALMENTE CALIFICABLES COMO CRÍMENES INTERNACIONALES. III. EL PRIMER BASTIÓN: LAS JURISDICCIONES NACIONALES. IV. EL SEGUNDO BASTIÓN: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. V. CONSIDERACIONES FINALES.

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda el análisis jurídico de la responsabilidad penal individual dimanante de la comisión de crímenes internacionales –crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio y crimen de agresión– en el marco de la invasión rusa de Ucrania, iniciada el 24 de febrero de 2022, desde la perspectiva del Derecho Internacional Penal. Una vez analizada la calificación jurídica de las diversas actuaciones eventualmente constitutivas de crímenes internacionales, la investigación centrará su objeto de estudio en las posibilidades de enjuiciamiento dispensadas tanto por las jurisdicciones nacionales competentes como por la Corte Penal Internacional, así como en la relación simbiótica entre sendos mecanismos, sustanciada a partir del principio de complementariedad. De tal modo, se podrá dilucidar el grado de idoneidad jurídica de cada uno de los mecanismos en relación con el escenario ruso-ucraniano, así como apuntar su potencial eficacia a presente y futuro en la lucha contra la impunidad.

**ABSTRACT:** *This paper addresses the legal analysis of individual criminal liability arising from the commission of international crimes –war crimes, crimes against humanity, crime of genocide and crime of aggression– in the framework of the Russian invasion of Ukraine, which was launched on 24 February 2022, from the perspective of International Criminal Law. After analysing the legal qualification of the various actions that may constitute international crimes, the research will focus its object of study on the possibilities for prosecution provided by both the competent national jurisdictions and the International Criminal Court, as well as on the symbiotic relationship between these two mechanisms, based on the principle of complementarity. In this way, it will be possible to elucidate the degree of legal suitability of each of the mechanisms in relation to the Russian-Ukrainian scenario, as well as to point out their potential effectiveness in the present and future in the fight against impunity.*

**PALABRAS CLAVES:** Conflicto ruso-ucraniano, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio, crimen de agresión, Corte Penal Internacional.

---

Fecha de recepción del trabajo: 7 de abril de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de mayo de 2024.

\* Graduada en Derecho por la Universidad de Jaén (Premio Extraordinario de Grado) y Máster Universitario en Derecho Internacional por la Universidad Complutense de Madrid (España). Becaria de Excelencia en *Berg Institute* (Madrid).

Correo electrónico: [aliciavillarmacias@gmail.com](mailto:aliciavillarmacias@gmail.com)

**KEYWORDS:** *Russian-Ukrainian conflict, war crimes, crimes against humanity, crime of genocide, crime of aggression, International Criminal Court.*

## I. INTRODUCCIÓN

Una nueva “Guerra Fría” librada entre Occidente y Rusia; solo que esta vez en territorio ucraniano. Y menos fría que nunca.

La madrugada del 24 de febrero de 2022 la comunidad internacional acudía con perplejidad a un escenario en que retumbaban nuevamente sonidos de tanques, ametralladoras y bombarderos en el corazón de Europa. La invasión del territorio ucraniano por parte de la Federación de Rusia como culmen de un conflicto internacional que ya se venía fraguando desde los acontecimientos del Euromaidán a finales del año 2013 y recrudecido con la ocupación de la península de Crimea y la Guerra en el Donbás.

Un nuevo escenario bélico e, inexorablemente, una nueva probeta para el cultivo de las más deleznables conductas humanas: los crímenes internacionales. Definidos por A. Cassese como aquellas violaciones de normas internacionales que implican la responsabilidad penal individual de sus autores<sup>1</sup> y cuya persecución no puede –de acuerdo con la jurisprudencia de los “juicios posteriores de Núremberg”– restar exclusivamente en manos del Estado que resultaría competente en circunstancias ordinarias<sup>2</sup>, estos engloban en su seno al cuarteto conformado por los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de genocidio y el crimen de agresión, conocidos como crímenes internacionales “en sentido estricto”<sup>3</sup> o “de primer grado”<sup>4</sup>. Cuarteto que constituye la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional (CPI) y que vertebraba, precisamente, el contenido del presente trabajo.

Los crímenes internacionales generan, ante todo, víctimas. Y es precisamente al derecho a la verdad, reparación y no repetición de tales víctimas al que se refería en su informe de marzo de 2023 la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania (en adelante, “la Comisión de Investigación”) creada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) al clamar por la investigación de los crímenes internacionales presuntamente cometidos en este nuevo contexto y por el enjuiciamiento de sus autores “*either at the national or international level*”<sup>5</sup>. Palabras estas últimas que cobran una relevancia sentenciosa si se toma en consideración la actitud que ha venido mostrando la comunidad internacional ya desde los albores

---

1 CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 23.

2 *The United States of America against Wilhelm List et al.*, caso núm. 215, sentencia de 19 de febrero de 1948, p. 1241, <https://werle.rewi.hu-berlin.de/Hostage%20Case090901mit%20deckblatt.pdf>

3 HERNÁNDEZ CAMPOS, A., “La Corte Penal Internacional: fundamentos y características”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 55, 2002, pp. 437-517, p. 441, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084979>

4 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, 1ª ed., LA LEY, Madrid, 2008, pp. 190-191.

5 HUMAN RIGHTS COUNCIL (HRC), “Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine”, 15 de marzo de 2023, Doc. A/HRC/52/62, p. 1, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A\\_HRC\\_52\\_62\\_AUV\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A_HRC_52_62_AUV_EN.pdf) [La accesibilidad de todos los enlaces

de la invasión. Una comunidad internacional que, no exenta de motivaciones políticas, ha tratado de favorecer la activación de todos los mecanismos de enjuiciamiento provistos por el Derecho Internacional Penal (DIP) –incluso de aquellos que antaño trató de socavar, tales como el principio de jurisdicción universal– en pro de la lucha contra la impunidad en este escenario concreto.

En esta tesitura, la investigación contenida en las sucesivas páginas tendrá por objetivo dilucidar con espíritu crítico el escenario judicial que se yergue frente a la impunidad de los crímenes internacionales presuntamente cometidos en el contexto de la invasión rusa de Ucrania a la luz del Derecho Internacional Penal. A tal fin, se abordará el estudio de dos de los principales bastiones que abanderan dicha disciplina, profundizándose tanto en la idoneidad jurídica de cada uno de ellos en relación con el escenario que nos atañe como en su potencial efectividad a presente y futuro: las jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional. Dos mecanismos cuya relación descansa –y con ella, el reparto de casos entre ambos– sobre el principio de complementariedad, consagrado en el art. 17 del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (ECPI), de 17 de julio de 1998<sup>6</sup>, y cuyo examen no resulta en absoluto baladí.

La estructura del presente trabajo se cimenta sobre un total de cinco capítulos. Tras la sucinta introducción recién expuesta, el Capítulo II abordará la potencial calificación jurídica de los crímenes internacionales presuntamente perpetrados en el contexto de la invasión rusa de Ucrania, circunscribiéndose por tanto la competencia *ratione temporis* y *ratione loci* de la investigación a las conductas llevadas a cabo a partir del 24 de febrero de 2022 en territorio ucraniano y ruso. Seguidamente, el Capítulo III se focalizará en el estudio de aquellas jurisdicciones nacionales llamadas a conocer de tales crímenes, ya sea a través de criterios de atribución de competencia ordinarios (a saber, las jurisdicciones ucraniana y rusa) o a través del principio de jurisdicción universal. Una vez analizado este primer bastión contra la impunidad, el Capítulo IV se aventurará al estudio de la investigación sustanciada ante la CPI y su relación simbiótica con las investigaciones y procesos nacionales bajo el amparo del principio de complementariedad. *In fine*, se plasmarán las conclusiones alcanzadas tras la conducción de la presente investigación.

## **II. CONDUCTAS POTENCIALMENTE CALIFICABLES COMO CRÍMENES INTERNACIONALES**

Ya desde los albores de la invasión rusa, las hostilidades cometidas en el curso de la misma han venido siendo objeto de una cobertura mediática casi sin precedentes. Es por esta razón que el presente capítulo dedicará su objeto al estudio de una selección ejemplificativa de aquellos patrones de conductas llevados a cabo en dicho contexto que resulten potencialmente calificables como “crímenes internacionales”. A efectos metodológicos, se tomarán como cimiento principal los tres más recientes informes elaborados por la Comisión de Investigación en marzo y octubre de 2023 y en marzo de 2024, respectivamente, así como diversos informes

---

contenidos en el presente trabajo ha sido verificada, en tanto que fecha de última consulta, el día 7 de abril de 2024]

6 *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, de 17 de julio de 1998, 2187 UNTS, 38544, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202187/v2187.pdf>

publicados al respecto por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y otras organizaciones internacionales.

## 1. Crímenes de guerra

Los crímenes de guerra se identifican jurídicamente con aquellas “infracciones graves” especificadas por los cuatro Convenios de Ginebra y por el *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, de 8 de junio de 1977<sup>7</sup>, así como con las “violaciones graves de las leyes y usos aplicables” en el marco de conflictos de índole internacional, plasmadas en el ECPI. Y es precisamente en relación con estas “infracciones graves” que los Estados signatarios resultan compelidos a “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales”, así como a buscar y hacer comparecer a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, tales infracciones<sup>8</sup>. En tal sentido, el presente capítulo dejará al margen aquellas violaciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH) que no cualifiquen como infracciones graves.

El conflicto armado que actualmente se libra entre Ucrania y la Federación de Rusia como consecuencia del despliegue masivo de las capacidades militares de esta última el 24 de febrero de 2022 ostenta la calificación de “conflicto armado internacional” a efectos del párrafo primero del art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra y del art. 1.3 del Protocolo I. No obstante, se debe apuntar además a la aplicación de las disposiciones específicas relativas a los territorios bajo ocupación contenidas en dichos instrumentos a las conductas perpetradas en la península de Crimea (ocupada por Rusia desde su anexión en 2014) y en las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk (RPD y RPL, respectivamente), sometidas en un inicio a la llamada “ocupación por proxy”<sup>9</sup>. De este modo, se solaparía la aplicación de un doble *corpus* de normas: aquellas que regulan los conflictos armados internacionales y los regímenes de ocupación.

---

7 *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, de 8 de junio de 1977, 1125 UNTS, 17512, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201125/v1125.pdf>

8 Art. 49 del I Convenio de Ginebra.

9 HEFFES, E., “El conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania: un breve análisis acerca del derecho internacional humanitario aplicable”, *Pensar en Derecho*, núm. 20, 2022, pp. 83-98, p. 95, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/20/el-conflicto-armado-entre-la-federacion-rusa-y-ucrania.pdf> El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia apuntó en la sentencia del caso *Fiscal c. Duško Tadić* la figura de la “ocupación por proxy”, que contempla la posibilidad de que el fenómeno de la ocupación pueda ser llevado a cabo por un Estado a través de sus agentes (no requiriéndose necesariamente el despliegue de sus Fuerzas Armadas), independientemente de la nacionalidad de los mismos y aplicándose, por ende, las leyes de DIH relativas a la ocupación. ARRIETA UQUILLAS, S. A. e IDROVO ROMO, J. F., “Ocupación por proxy y los test de control: un análisis jurisprudencial”, *Anuario Iberoamericano Sobre Derecho Internacional Humanitario*, vol. 2, 2021, pp. 87-118, [https://www.unisabana.edu.co/programas/unidades-academicas/facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/anuariodih/articulos/articulos-volumen-2/ocupacion-por-proxy-y-los-test-de-control-un-analisis-jurisprudencial/#\\_ftnref14](https://www.unisabana.edu.co/programas/unidades-academicas/facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/anuariodih/articulos/articulos-volumen-2/ocupacion-por-proxy-y-los-test-de-control-un-analisis-jurisprudencial/#_ftnref14)



Una vez delimitado su ámbito de aplicación, resta señalar que los instrumentos referidos *supra* resultan aplicables al caso en tanto que Ucrania y la Federación de Rusia son Estados Partes de los mismos<sup>10</sup>.

A) INFRACCIONES GRAVES RELATIVAS A LOS MEDIOS Y MÉTODOS DE GUERRA

a) *Ataques indiscriminados y destrucción de infraestructura civil*

Los ataques indiscriminados y desproporcionados contra áreas pobladas tanto por parte de las fuerzas rusas<sup>11</sup> como ucranianas<sup>12</sup> han constituido una constante desde el inicio de la invasión. Expresamente prohibidos por el art. 51.4 y 5 del Protocolo I, el impacto de esta clase de ataques sobre personas y bienes civiles<sup>13</sup> constituye una infracción grave a efectos de su art. 85.3.b). Especialmente destacable resulta el ataque “sistemático y generalizado” perpetrado por las fuerzas rusas contra la infraestructura energética ucraniana<sup>14</sup>, calificable igualmente como “infracción grave” en violación del deber de precaución cuando se prevean daños “excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”<sup>15</sup> (art. 57.2.a) inciso iii y b) del Protocolo I). Preceptos estos últimos que se corresponden precisamente con la calificación jurídica referida por la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI (art. 8.2.b) inciso iv del ECPI) en la orden de arresto emitida el 5 de marzo de 2024 por cargos de –entre otros– crímenes de guerra contra S. Ivanovich Kobylash y V. Nikolayevich Sokolov, dos altos mandos del ejército ruso, a causa de su presunta responsabilidad en la destrucción de la infraestructura energética ucraniana<sup>16</sup>.

B) INFRACCIONES GRAVES RELATIVAS A LA INTEGRIDAD PERSONAL

a) *Traslado ilegal o deportación*

La Comisión de Investigación se ha hecho eco del traslado ilegal (referido al desplazamiento intraestatal<sup>17</sup>) o deportación (más allá de las fronteras estatales<sup>18</sup>) de civiles y personas protegidas a zonas controladas por las tropas rusas (o, incluso, a la propia Federación de Rusia)<sup>19</sup>. Espe-

10 [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028015847c&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028015847c&clang=_en)

11 HRC, “Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine”, 5 de marzo de 2024, Doc. A/HRC/55/66, párrs. 31-32, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/a-hrc-55-66-auv-en.pdf>

12 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párr. 39.

13 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párrs. 34-37.

14 *Ibid.*, párr. 47.

15 Véase *ibid.*, párr. 46.

16 *International Criminal Court*, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei Ivanovich Kobylash and Viktor Nikolayevich Sokolov”, 5 de marzo de 2024, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-sergei-ivanovich-kobylash-and>

17 BOU FRANCH, V., “Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español”, en RAMÓN CHORNET, C. (coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 293-340, p. 311, <https://biblioteca-tirant-com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788499857848>

18 *Ibidem.*

19 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párrs. 68-69.

cialmente alarmantes resultan las ingentes cifras arrojadas por el informe emitido en marzo de 2023 por el CDH en lo relativo al traslado forzado y deportación masiva de hasta 16.221 niños ucranianos (según cifras de febrero de 2023)<sup>20</sup>. Tales conductas se encuentran expresamente prohibidas en tanto que “infracciones graves” por los arts. 147 del *IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949<sup>21</sup>, y 85.4.a) del Protocolo I, además de infringir el art. 49 del primero en aquellos casos en que el traslado forzado o deportación se hubiese hecho “del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante” (esto es, desde Crimea y la región del Donbás). Y es precisamente tal calificación jurídica como “crimen de guerra” –a la que igualmente aluden los dos más recientes informes del CDH<sup>22</sup>– de la que se ha servido la CPI para encausar y ordenar el arresto el 17 de marzo de 2023 de aquella dupla que habría presuntamente orquestado tales actos: el propio V. Putin y la Comisionada Presidencial para los Derechos del Niño en Rusia, M. Lvova-Belova<sup>23</sup>.

Tomando en cuenta la triple calificación jurídica de que goza el crimen internacional de traslado forzado o deportación –en tanto que crimen de guerra, crimen de lesa humanidad y una de las modalidades del crimen de genocidio–, no han resultado escasas las voces que han diferido del criterio de la CPI en relación con las conductas señaladas. Especialmente interesante resulta el análisis jurídico de lo alegado por el Consejo de Europa, el cual será expuesto en las secciones segunda y tercera del presente capítulo.

b) *Ejecuciones sumarias y detenciones arbitrarias*

Se ha registrado igualmente la perpetración por parte de las tropas rusas de ejecuciones sumarias<sup>24</sup> y sistemáticas de civiles<sup>25</sup> y personas *hors de combat* (“fuera de combate”), en violación del art. 75.2.a) inciso i del Protocolo I (calificables como “infracciones graves”, en tanto que “homicidio intencional”, en virtud del art. 147 del IV Convenio). Además, los informes no han pasado por alto la detención arbitraria e ilícita<sup>26</sup> de civiles y personas protegidas por parte tanto de autoridades rusas<sup>27</sup> como ucranianas<sup>28</sup> (igualmente “infracción grave” en virtud del art. 147 del IV Convenio).

20 *Ibid.*, párr. 95.

21 *IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 12 de agosto de 1949, 75 UNTS, 973, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/v75.pdf>

22 HRC, “Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine”, 19 de octubre de 2023, Doc. A/78/540, párr. 90, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A-78-540-En.pdf>; HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*”, párr. 97.

23 *International Criminal Court*, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova”, 17 de marzo de 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>

24 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*”, párr. 56.

25 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*”, párr. 56.

26 ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE), “Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity”, 13 de abril de 2022, pp. 20-21, <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>

27 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*”, párr. 60.

28 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/78/540 *op. cit.*”, párr. 70.

c) *Actos de violencia sexual y por razón de género*

Los informes consultados apuntan asimismo a la comisión por parte de las tropas rusas de actos de violencia sexual y por razón de género contra civiles y prisioneros de guerra con elementos potencialmente constitutivos de tortura<sup>29</sup> (arts. 27 del IV Convenio, 75.2.b) y 76 del Protocolo I, y 130, 13 y 14 del *III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949<sup>30</sup>).

No obstante, la violencia sexual no se encuentra expresamente calificada como “infracción grave” en ninguno de los cuatro Convenios, ni tan siquiera en el Protocolo I. Ante esta tesitura, la inclusión en esta categoría de los actos de violencia sexual a efectos de su obligación de sanción a nivel nacional (sin perjuicio de que se encuentren tipificados como crímenes de guerra por el ECPI), así como la supresión de su arcaico vínculo al “honor” de la mujer<sup>31</sup>, debería considerarse una tarea prioritaria para la comunidad internacional. En tanto que esta reformulación no acaezca, debería optarse por subsumir este tipo de conductas, a efectos de su calificación como “infracciones graves”, bajo el paraguas de los “atentados graves contra la integridad física o la salud” (art. 147 del IV Convenio) o de la grave puesta en peligro de la “salud o la integridad física o mental” (art. 11 del Protocolo I).

d) *Tortura y tratos inhumanos*

Por lo que respecta a las conductas comunes a las tropas rusas y ucranianas, los informes describen la comisión de actos de tortura y tratos inhumanos contra civiles<sup>32</sup> y prisioneros de guerra<sup>33</sup> (arts. 75.2.a) inciso iii del Protocolo I y 32 del IV Convenio, y arts. 87 y 13 del III Convenio, respectivamente), calificables como “infracciones graves” a efectos de los arts. 147 y 130 de los Convenios IV y III.

## 2. Crimen de genocidio

### A) PRESUNTO GENOCIDIO CONTRA LA POBLACIÓN RUSA DEL DONBÁS

La minoría rusa que puebla la región ucraniana del Donbás goza, en tanto que sujeto internacional no estatal, de la protección penal otorgada en virtud de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948 (en adelante, la

29 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párr. 81.

30 *III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949, 75 UNTS, 972, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2075/v75.pdf>

31 COPELON, R., “Women and War Crimes”, *St. John's Law Review*, vol. 69, núm. 1-2, 1995, pp. 61-68, p. 65, [https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journal-s&handle=hein.journals/stjohn69&men\\_hide=false&men\\_tab=toc&kind=&page=61](https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journal-s&handle=hein.journals/stjohn69&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=61)

32 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párr. 87.

33 *Ibid.*, párr. 71.

“Convención contra el Genocidio”), de la que son Estados Partes tanto Ucrania como Rusia<sup>34</sup>. Y es precisamente este instrumento normativo del que se sirvió el presidente ruso para tratar de fundamentar su “operación militar especial”.

Más específicamente, V. Putin se retrotraía en su discurso de 21 de febrero de 2022 nada menos que 8 años atrás para referirse en términos de “humillación”, “horror” y “genocidio” a la situación que ha venido supuestamente sufriendo la población rusa del Donbás a manos del “régimen de Kiev”<sup>35</sup>. Concretamente, el mandatario ruso arguye la persecución de la población rusófona (por medio de la promulgación de leyes que prohíben el uso de la lengua rusa en público) y su exclusión del reconocimiento como pueblo autóctono<sup>36</sup>.

Precisamente acerca de la veracidad de los hechos alegados por Rusia se pronunció el Estado ucraniano en los fundamentos de hecho que engrosan la demanda presentada ante el Registro de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el 26 de febrero de 2022, y que dio origen al asunto *Alegaciones de genocidio con base a la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio (Ucrania c. Federación rusa)*<sup>37</sup>. Ucrania asegura, en su párr. 21, la ausencia de cualquier tipo de “*factual basis*” que demuestre la existencia de un genocidio en los óblasts<sup>38</sup> de Donetsk y Lugansk, además de advertir la falta de pruebas suministradas por Rusia en respaldo de sus reclamaciones<sup>39</sup>. Además, acaba por dinamitar la autenticidad de los hechos remitiéndose a los más recientes informes emitidos por la OACNUDH relativos a la situación en Ucrania, puesto que ninguno de ellos apunta a la comisión de genocidio por parte de Kiev<sup>40</sup>.

No obstante, e incluso en caso de que se refutase la más que evidente falsedad de dichos hechos, estos difícilmente resultarían calificables a efectos jurídicos como constitutivos de genocidio. En primer lugar, el elemento material o *actus reus* de la suerte de “discriminación legislativa” a la minoría rusa del Donbás, de ser cierto, no resultaría lo suficientemente contundente como para ser identificable con alguna de las modalidades previstas en el art. II de la Convención contra el Genocidio. Y, en segundo lugar, en ningún caso sería posible la construcción del tipo penal genocida, ya que la ausencia de la *mens rea* o “intención de destruir total o parcialmente” al grupo –en este caso, nacional– resulta patente. En momento alguno se ha dejado entrever del discurso público o de la política de las autoridades de Kiev un solo

34 *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS, 1021, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2078/v78.pdf>

35 <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67828>

36 *Voz de América*, “Rusia alude falsamente a “genocidio” para justificar sus acciones contra Ucrania”, 24 de febrero de 2022, <https://www.vozdeamerica.com/a/verificado-rusia-alude-genocidio-agredir-ucrania/6453876.html>

37 GARRIDO MUÑOZ, A., “Al filo de su competencia *ratione materiae*: la providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Ucrania c. Federación rusa)*”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. 74, núm. 2, 2022, pp. 77-104, p. 78, <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/97/169>

38 Los óblasts o “provincias” son las unidades administrativas en que se encuentra dividido el Estado ucraniano.

39 *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, demanda de incoación de 26 de febrero de 2022, párr. 21, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>

40 *Ibid.*, párrs. 21-22.

ápice de este propósito (elemento en cuyo análisis se profundizará a continuación), por lo que queda descartada de pleno la configuración jurídica del genocidio contra la población rusa.

## B) PRESUNTO GENOCIDIO CONTRA LA POBLACIÓN UCRANIANA

La presunta comisión de un “genocidio” por parte de la Federación de Rusia en contra de la población ucraniana ha supuesto un *leitmotiv* en los medios de comunicación al uso. Y es que la utilización del término “genocidio” –en infinidad de ocasiones, de forma precipitada y sensacionalista– en tanto que concepto político en lugar de jurídico ha tenido por efecto la desvirtuación de su propio significado.

Son diversas las conductas llevadas a cabo durante la invasión de Ucrania que se han relacionado directamente con la perpetración del “crimen entre los crímenes” como objetivo ulterior de la operación: *i. e.*, el traslado o deportación forzada de niños ucranianos al territorio de la Federación de Rusia<sup>41</sup> (calificado como tal por el Consejo de Europa<sup>42</sup>) o la propia matanza de la población civil<sup>43</sup>. Y es que si bien estas acciones se corresponden con el *actus reus* tipificado en el art. II de la Convención contra el Genocidio (en sus apartados a) y e), respectivamente), la concurrencia de la *mens rea* suscita ostensibles dudas al respecto.

La intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso resulta ser un “estado mental que debe ser inferido a partir de la conducta externa del agente al que se adscribe y de las circunstancias del contexto”<sup>44</sup>. Ante la profunda ambigüedad y subjetividad que arroja esta idea, el Derecho Internacional ha sido testigo de un debate doctrinal y jurisprudencial que hasta día de hoy permanece irresoluto. De un lado, de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR, respectivamente) se deriva una tesis de carácter “acumulativo”: esto es, que la intención genocida no exige la prueba de un plan o política general estatal<sup>45</sup>, sino que esta puede inferirse “desde el contexto de la perpetración de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo”<sup>46</sup>. Por el contrario, el eminente *iusinternacionalista* W. A. Schabas ha argüido,

41 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párrs. 71 y 86-87.

42 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, “Deportations and forcible transfer of Ukrainian children and other civilians to the Russian Federation or to temporarily occupied Ukrainian territories: create conditions for their safe return, stop these crimes and punish the perpetrators”, 27 de abril de 2023, 2495 (2023), párr. 2, <https://pace.coe.int/pdf/1172fe876310c10bfc8a8afb74b2974eb71e4ec-298710d83c8bb5a0080d5cbe1/res.%202495.pdf>

43 PRIEGO, A., *El Español*, “Sí, es posible juzgar a Vladimir Putin por genocidio”, 1 de noviembre de 2022, [https://www.elspanol.com/opinion/tribunas/20221101/posible-juzgar-vladimir-putin-genocidio/715298464\\_12.html](https://www.elspanol.com/opinion/tribunas/20221101/posible-juzgar-vladimir-putin-genocidio/715298464_12.html)

44 PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “La noción de intención en la definición de genocidio”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. 64, núm. 2, 2012, pp. 163-177, p. 174, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4043425>

45 TRAVIS, H., “Sobre la comprensión originaria del crimen de genocidio”, *Revista de Estudios Sobre Genocidio*, vol. 12, 2017, pp. 101-128, p. 119, <https://www.revistas.untref.edu.ar/index.php/reg/article/view/75/78>

46 PÉREZ TRIVIÑO, J. L., *op. cit.*, p. 175.

apoyándose en la redacción del ECPI y en los “*Elements of Crimes*” del mismo<sup>47</sup>, así como en la postura de la CIJ<sup>48</sup>, que el crimen de genocidio sí requiere de la inexorable existencia de dicho plan general (que puede ser inferido a través de declaraciones oficiales, documentos o políticas<sup>49</sup>).

En relación con la primera de las hipótesis, lo cierto es que la inferencia de la intención genocida en el aparato ruso en atención a un patrón sistemático de atrocidades dirigidas en contra de la población ucraniana puede resultar plausible a la luz del examen de los hechos, si se consideran en un sentido global las matanzas masivas de civiles (*i. e.*, la perpetrada en Bucha), los ataques contra zonas residenciales y corredores humanitarios, el asedio de ciudades como Mariúpol, la destrucción de la infraestructura energética y vital, los actos de violencia sexual o la deportación o traslado forzado<sup>50</sup> de civiles ucranianos.

En relación con la tesis contrapuesta, resulta un hecho que la retórica de la “Administración Putin” se ha venido centrando en la negación de la existencia misma de los ucranianos y de su Estado y, concretamente, de una lengua, cultura e identidad nacional ucranianas<sup>51</sup>. Y es que, como señaló la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su informe “*Framework of Analysis for Atrocity Crimes*”, la negación misma de la existencia de un grupo protegido constituye uno de los indicadores de riesgo ante un incipiente genocidio<sup>52</sup>. Quedaría satisfecho así el paso previo e ineludible en toda dinámica genocida: la identificación, diferenciación y deshumanización de un grupo humano concreto<sup>53</sup> en atención a sus características.

No obstante, y como refiere R. G. Suny, la intención destructiva debe tomarse en cuenta desde una perspectiva física, esto es: “*genocide is the physical destruction of a people*”<sup>54</sup>. Centrándonos en la calificación del pueblo ucraniano como “grupo nacional”, no resulta lo suficiente-

47 SCHABAS, W. A., “State policy as an Element of International Crimes”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, núm. 3, 2008, pp. 953-982, p. 981, <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=7299&context=jclc>

48 TRAVIS, H., *op. cit.*, p. 119.

49 NEW LINES INSTITUTE FOR STRATEGY AND POLICY, RAOUL WALLENBERG CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, “An Independent Legal Analysis of the Russian Federation’s Breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the Duty to Prevent”, mayo de 2022, p. 2, <https://newlinesinstitute.org/wp-content/uploads/English-Report-1.pdf>

50 *Ibid.*, pp. 22-35.

51 *Ibid.*, p. 13.

52 UNITED NATIONS, “Framework of Analysis for Atrocity Crimes: A tool for prevention”, 2014, p. 18, [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/about-us/Doc.3\\_Framework%20of%20Analysis%20for%20Atrocity%20Crimes\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/about-us/Doc.3_Framework%20of%20Analysis%20for%20Atrocity%20Crimes_EN.pdf)

53 EIRENE DE PRADA, P., “Apuntes socio-jurídicos sobre el concepto de genocidio”, en OLASOLO, H. y EIRENE DE PRADA, P. (coords.), *La evolución de la definición y la aplicación del delito de genocidio: La Contribución Iberoamericana y el Legado del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 191-230, p. 206, <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/attachments/article/217/Ebook%20La%20Evoluci%C3%B3n%20de%20la%20Definici%C3%B3n%20y%20la%20Aplicaci%C3%B3n%20del%20Delito%20de%20Genocidio.pdf#page=191>

54 SUNY, R. G., “Frames and Narratives: How the Fates of the Ottoman Armenians, Stalin-Era Ukrainians, and Kazakhs Illuminate the Concept of Genocide”, en GRAZIOSI, A. y SYSYN, F. E. (eds.), *Genocide: The Power and Problems of a Concept*, McGill-Queen’s University Press, 2022, pp. 87-106, p. 99, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/reader.action?docID=6836989>

mente patente, a la luz del discurso político de las autoridades rusas, la existencia a nivel estatal de un plan genocida en aras de la destrucción *física* del pueblo ucraniano que satisfaga las exigencias de la *mens rea*, definida en la sentencia del caso *Fiscal c. Jean Paul Akayesu* como la “intención específica, requerida como elemento constitutivo del delito, que exige que el sujeto activo claramente trate de producir la conducta que se le imputa”<sup>55</sup>. Y es que si acudimos al análisis comparado de este presunto “genocidio” con aquellos jurídicamente calificados como tal a lo largo de la historia, las diferencias resultan ostensibles. *V. gr.*, el elemento de la *mens rea* resultaba sobradamente probado en atención a ideología de “Poder Hutu” que venía esgrimiendo el *Mouvement Républicain National du Développement* en el genocidio ruandés<sup>56</sup>, o a través de las intervenciones públicas del entonces presidente de Sudán, O. Al-Bashir, en el genocidio darfurí.

Todo este razonamiento, sumado a los datos arrojados por el Consejo de Europa (según los cuales los niños ucranianos deportados a territorio ruso habrían sido objeto de un proceso sistemático de “rusificación” a través de su reeducación en la lengua, cultura e historia rusas, con la intención de destruir “*the Ukrainian identity as well as the cultural and linguistic characteristics of its people*”<sup>57</sup>) y por la OACNUDH<sup>58</sup>, podría conducir a la siguiente conclusión: el proyecto bélico ruso no tiene como objetivo último la destrucción *física* de los ucranianos, sino que más bien podría perseguir la aniquilación de su identidad nacional y cultural, en aras de su integración y dilución en la identidad nacional rusa. Y es que el propio V. Putin ha expresado públicamente que los ucranianos y los rusos son “*one people, a single whole*”<sup>59</sup>.

En virtud de este razonamiento, lo cierto es que la persecución de grupos culturales no se encuentra exenta de tipificación penal internacional, si bien no bajo el paraguas del crimen de genocidio –enfocado en la vertiente física y/o biológica<sup>60</sup>–, sino de los crímenes de lesa humanidad (art. 7.1.h) del ECPI). Como refiere K. Ambos, “el genocidio constituye esencialmente un tipo de delito similar a la persecución por motivos discriminatorios”<sup>61</sup>, siendo precisamente la intención de destruir del primero la que lo torna en “*the most inhumane form*

---

55 AMBOS, K., “¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?”, *Revista Penal México*, núm. 1, 2011, pp. 11-30, p. 14, [https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14204/que\\_significa\\_la.pdf?sequence=2](https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14204/que_significa_la.pdf?sequence=2)

56 TORRES PÉREZ, M. y BOU FRANCH, V., *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 23.

57 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, párr. 8.

58 Véase OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), “Human rights situation during the Russian occupation of territory of Ukraine and its aftermath: 24 February 2022 to 31 December 2023”, 20 de marzo de 2024, párrs. 127-152, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2024-03/2024-03-20%20OHCHR%20Report%20on%20Occupation%20and%20Aftermath.pdf>

59 <http://en.kremlin.ru/events/president/news/66181>; <http://en.kremlin.ru/events/president/news/72994>

60 NERSESIAN, D., “A Modern perspective: The current status of cultural genocide under international law”, en BACHMAN, J. S. (ed.), *Cultural genocide: Law, Politics, and Global Manifestations*, 1ª ed., Routledge, 2019, pp. 62-91, p. 71, <https://www.taylorfrancis.com/books/oa-edit/10.4324/9781351214100/cultural-genocide-jeffrey-bachman>

61 AMBOS, K., “¿Qué significa la... *op. cit.*, p. 13.

*of persecution*”<sup>62</sup>. En consecuencia, algunas de las conductas referidas en la presente sección serán retomadas en la siguiente, relativa a los crímenes de lesa humanidad.

Por añadidura, resulta preciso señalar, no obstante, que las declaraciones emitidas por ciertos sectores de la sociedad rusa (*i. e.*, determinados líderes políticos, autoridades religiosas o periodistas afiliados a medios de comunicación estatales<sup>63</sup>) en las que se insta férreamente a la violencia contra los ucranianos reúnen en efecto los requisitos<sup>64</sup> para ser calificables, en tanto que conductas individualizadas, bajo el paraguas de la “incitación pública y directa al genocidio” (art. III, apartado c) de la Convención contra el Genocidio). Y es que la propia Comisión de Investigación ha afirmado que se encuentra investigando tales alegaciones<sup>65</sup>.

### 3. Crímenes de lesa humanidad

Resulta patente que no existe a día de hoy<sup>66</sup> tratado internacional alguno que tipifique los crímenes de lesa humanidad, con excepción del ECPI. Se tomará por tanto como referencia, a efectos de su calificación jurídica, la tipificación de los mismos plasmada en el art. 7 del ECPI debido a que, a pesar de no ser Estados Partes del mismo, tanto Rusia (de forma explícita) como Ucrania (de forma implícita a través de sendas declaraciones de aceptación de la competencia de la CPI) han secundado tales definiciones<sup>67</sup>.

A estos efectos, son cuatro los requisitos que el art. 7.1 del ECPI exige para construir todo crimen de lesa humanidad: la perpetración de un ataque dirigido explícitamente contra una población civil; su carácter generalizado y/o sistemático; el conocimiento del mismo; y la existencia de una política estatal u organizativa bajo cuyo paraguas se ampare este<sup>68</sup>.

62 *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, caso núm. IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 636, <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>

63 NEW LINES INSTITUTE FOR STRATEGY AND POLICY, RAOUL WALLENBERG CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, *op. cit.*, pp. 16-18.

64 En primer lugar, el empleo de una violenta retórica, y en segundo y tercer lugar, la no exigencia de relación causal entre tal incitación y los actos genocidas que eventualmente se llevasen a cabo, ni siquiera requiriéndose que estos efectivamente acaezcan. SCOTT MARAVILLA, C., “Hate Speech as a War Crime: Public and Direct Incitement to Genocide in International Criminal Law”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 17, núm. 1, 2008, pp. 113-144, p. 142, [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tulic17&div=8&g\\_sent=1&casa\\_token=DFyFZqhvJisAAAAA:ztOBXxC4mACXpufmshFspckN8AY6ODZIJXzbtXGfSqYMEwlcugbMA1cNvAs319X7xj8CPL2&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tulic17&div=8&g_sent=1&casa_token=DFyFZqhvJisAAAAA:ztOBXxC4mACXpufmshFspckN8AY6ODZIJXzbtXGfSqYMEwlcugbMA1cNvAs319X7xj8CPL2&collection=journals)

65 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 98.

66 Si bien, es cierto que actualmente la comunidad internacional está siendo testigo de la elaboración del *Proyecto de artículos sobre la prevención y castigo de los crímenes contra la humanidad*, aprobado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional en 2019 e inserto en el programa provisional del 77º período de sesiones de la Asamblea General de la ONU. CAPELLÀ I ROIG, M., “Los retos y dilemas de un tratado sobre prevención y castigo de los crímenes contra la humanidad en el siglo XXI”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 44, 2022, pp. 1-42, pp. 2 y 11-12, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8783263>

67 ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE), *op. cit.*, pp. 53-54.

68 THE GLOBAL ACCOUNTABILITY NETWORK, “Russian War Crimes Against Ukraine: The Breach of International Humanitarian Law by the Russian Federation”, abril de 2022, p. 26, <https://syrianaccountabilityproject.syr.edu/docs/russian-war-crimes-against-ukraine-the-global-accountability-network.pdf>



Cuando la Comisión de Investigación refirió en varios de sus informes la perpetración por parte de las fuerzas rusas de torturas, tratos inhumanos<sup>69</sup> y ejecuciones sumarias<sup>70</sup>, así como la destrucción de la infraestructura energética ucraniana<sup>71</sup>, lo hizo calificando tales acciones como “sistemáticas y/o generalizadas”. En tal sentido, y de acuerdo con la jurisprudencia del TPIY y TPIR –donde el carácter sistemático o generalizado de los actos demostraba la existencia de una política ulterior<sup>72</sup>–, resultaría posible la eventual subsunción de las conductas citadas en los arts. 7.1.f) (relativo a la “tortura”), 7.1.a) (referido al “asesinato”) y 7.1.k) (referido a “otros actos inhumanos de carácter similar”), respectivamente, del ECPI. De hecho, la propia Comisión de Investigación terminó por aseverar en su más reciente informe la existencia de una política estatal rusa al amparo de la cual se habrían lanzado los mencionados ataques contra la infraestructura energética ucraniana<sup>73</sup>, culminando así en este caso la construcción del crimen de lesa humanidad. Una conclusión desde luego compartida por la CPI, pues las previamente mencionadas órdenes de arresto emitidas contra S. Ivanovich Kobylash y V. Nikolayevich Sokolov incluían el cargo de crimen de lesa humanidad por actos inhumanos precisamente por su presunta responsabilidad en los ataques con misiles lanzados contra la infraestructura energética ucraniana<sup>74</sup>.

Retomando las conductas relativas al traslado forzado y deportación de niños ucranianos, el Consejo de Europa apuntó además a su potencial calificación como “crimen de lesa humanidad”<sup>75</sup> precisamente en atención al art. 7.1.d) del ECPI. Pudiendo inferirse su carácter sistemático en atención a las cifras previamente apuntadas y a su nivel organizacional (pues la imposición de la ciudadanía rusa y la reubicación de los menores en familias de acogida<sup>76</sup> así lo demuestran), dicha sistematicidad podría denotar, de nuevo, la existencia de la requerida política estatal.

Tras lo expuesto en la sección previa en lo relativo al posible *animus* de destrucción identitaria del pueblo ucraniano, no resultaría descabellado añadir a la lista de potenciales crímenes de lesa humanidad la modalidad relativa a la “persecución”, precisamente la de la población civil ucraniana en razón de su identidad nacional (art. 7.1.h) del ECPI), tomando en cuenta todas las conductas expuestas en la presente sección en un sentido acumulativo.

---

69 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/78/540 *op. cit.*, párr. 48; HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 58.

70 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párr. 53.

71 *Ibid.*, párrs. 24 y 43; HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 47.

72 MARCHUK, I., “No Crimes against Humanity during the Maydan Protests in Ukraine: Or the ICC Prosecutor’s Flawed Interpretation of Crimes against Humanity”, *Boston University International Law Journal*, vol. 35, núm. 1, 2017, pp. 39-68, p. 63, <https://www.bu.edu/ilj/files/2017/04/35-BU-ILJ-Marchuk.pdf>

73 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 47. Igualmente, y en relación con los actos de tortura y la necesaria existencia de una política estatal en la construcción del crimen de lesa humanidad, el párr. 61 del mismo informe señala que “*the Commission has continued its investigations on whether torture was committed in furtherance of a policy*”.

74 *International Criminal Court*, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei... *op. cit.*

75 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, *op. cit.*, párr. 2.

76 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párrs. 96 y 100.

En otro orden de ideas, el problema concursal entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra deviene patente debido al solapamiento de ciertos elementos entre ambos tipos penales<sup>77</sup>. No obstante, y como se desprende del art. I, apartado b) de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, de 26 de noviembre de 1968 (de la que forman parte tanto Rusia como Ucrania)<sup>78</sup>, los primeros no requieren de vinculación a conflicto armado alguno, lo que permite su comisión “tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz”.

Ante esta cuestión, del análisis de la práctica judicial de los tribunales internacionales que antaño vinieron construyendo los cimientos del DIP pueden extraerse una serie de conclusiones cuyo significado no resulta baladí. En este sentido, el TPIY en el caso *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokić*<sup>79</sup> y el Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL, por sus siglas en inglés) en el caso *The Prosecutor v. Augustine Gbao*<sup>80</sup> persiguieron el asesinato de civiles (“murder”) tanto como crimen de guerra como de lesa humanidad. Igualmente, las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya encontraron culpable a K. Guek Eav en el caso *001*<sup>81</sup> por la comisión de torturas a través de sendos cargos de guerra y lesa humanidad. Una *praxis* judicial que, como resulta patente, ha sido replicada por la CPI al imputar a los dos oficiales rusos previamente mencionados tanto por crímenes de guerra como de lesa humanidad por el lanzamiento de misiles.

Como corolario de lo recién expuesto y en aplicación al caso ucraniano, se puede inferir que, a pesar de la existencia de un más que evidente conflicto armado (al igual que otrora en la ex Yugoslavia, Sierra Leona y Camboya) y, con ello, de un poderoso nexo entre el mismo y la mayoría de conductas perpetradas (requisito esencial de los crímenes de guerra<sup>82</sup>), este hecho no obsta a la persecución de algunas de las conductas en tanto que crímenes de lesa humanidad y en desconexión, por tanto, del factor bélico.

#### 4. Crimen de agresión

A lo largo de la historia, en más bien escasas ocasiones se ha topado la comunidad internacional con una conducta estatal tan indudablemente identificable con la redacción del art. 1 de la Reso-

---

77 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 18, <https://bibliotecacomplutense.odlotk.es/info/00037865>

78 *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, de 26 de noviembre de 1968, 754 UNTS, 10823, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20754/v754.pdf>

79 *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokić*, caso núm. IT-02-60-T, sentencia de 17 de enero de 2005, p. 304 (cargos 3 y 4), <https://www.icty.org/en/cases/judgement-list>

80 *The Prosecutor against Augustine Gbao*, caso núm. SCSL-03-09, escrito de acusación de 16 de abril de 2003, párr. 60 (cargos 15 y 16), <https://docs.rscsl.org/document/SCSL-03-09-0009/2524>

81 *The Prosecutor against Kaing Guek alias Duch*, caso núm. 001/18-07-2007/ECCC/TC, sentencia de 26 de julio de 2010, párr. 677, [https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/court/20100726\\_Judgment\\_Case\\_001\\_ENG\\_PUBLIC.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/court/20100726_Judgment_Case_001_ENG_PUBLIC.pdf)

82 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, “Elements of Crimes”, 2011, pp. 9-30, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

lución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU (AGNU), de 14 de diciembre de 1974, *Definición de la agresión*<sup>83</sup> (a la que se remite el art. 8.1 *bis* del ECPI en su definición del crimen de agresión) como aquella desplegada por la Federación de Rusia el 24 de febrero de 2022. Y es que el ataque flagrante y sistemático a la “soberanía, integridad territorial e independencia política” ucranianas perpetrado por el Ejército ruso constituye, en virtud del art. 3.a) de dicha resolución (referido particularmente a la invasión y/o consecuente ocupación o anexión), un más que evidente acto de agresión en contravención del art. 2.4 de la Carta de la ONU. En este sentido, no resulta sorprendente que la abrumadora cifra de 141 Estados otorgase tal calificación a la invasión rusa en el seno de la AGNU a través de la ya histórica Resolución ES-11/1, de 2 de marzo de 2022, *Agresión contra Ucrania*<sup>84</sup>. Un ímpetu que no se dejó ver, sin embargo, ocho años atrás cuando la misma Rusia invadió y ocupó Crimea –igualmente calificable como acto de agresión–.

Como consecuencia, igualmente se ha referido la comunidad internacional a la participación de Bielorrusia en el mencionado acto<sup>85</sup>, en tanto que Estado prestador de ayuda y asistencia a efectos de la comisión del hecho internacionalmente ilícito principal (art. 16 del *Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado*). Con todo, la actuación bielorrusa relativa a la puesta a disposición de su territorio para permitir que Rusia, entre otras actuaciones, dispere misiles balísticos o transporte armas pesadas, personal y vehículos militares hacia Ucrania<sup>86</sup>, se adecúa a la conducta prevista en el art. 3.f) de la propia Resolución 3314 (XXIX), siendo constitutiva de un acto de agresión *per se*. En este sentido, resulta interesante preguntarnos, a lo largo del siguiente capítulo, acerca de los efectos de la traducción de una y otra calificación jurídica a efectos de responsabilidad penal individual: por un lado, en el marco de la complicidad si se opta por la *participación* de Bielorrusia en el ilícito ruso; y por otro, a efectos de autoría en el caso de calificar la conducta bielorrusa como “acto de agresión”<sup>87</sup>.

### III. EL PRIMER BASTIÓN: LAS JURISDICCIONES NACIONALES

La ratificación por parte de los Estados, en el ejercicio de su soberanía, de los diversos instrumentos internacionales que tipifican las conductas humanas más deleznable ha dado lugar, como ya se apuntó en relación con los Convenios de Ginebra, al fenómeno conocido en términos anglosajones como “*the domestication of international law*”<sup>88</sup>. Y es que, como se des-

83 AGNU: A/RES/3314 (XXIX), “Definición de la agresión”, 14 de diciembre de 1974, <https://digitallibrary.un.org/record/190983?ln=es>

84 AGNU: A/RES/ES-11/1, “Agresión contra Ucrania”, 2 de marzo de 2022, <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?ln=es>

85 *Consejo de la Unión Europea*, “El papel de Bielorrusia en la agresión militar rusa contra Ucrania: el Consejo impone sanciones a otras 22 personas y nuevas restricciones al comercio”, 2 de marzo de 2022, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/03/02/belarus-role-in-the-russian-military-aggression-of-ukraine-council-imposes-sanctions-on-additional-22-individuals-and-further-restrictions-on-trade/>

86 *Ibidem*.

87 A efectos de extensión, no se procederá a analizar el posible enjuiciamiento del crimen de agresión bielorruso de acuerdo con su sistema judicial en virtud del principio de personalidad activa.

88 CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos estatales: de la aplicación indirecta y directa del derecho internacional por el juez español”, *FORO*.

prende, el compromiso de “domesticar” los crímenes internacionales a través de la adopción de medidas legislativas en la órbita interna<sup>89</sup> genera una duplicidad en la tipificación de un determinado comportamiento tanto a nivel internacional como nacional. Como consecuencia de este fenómeno, el “conflicto de jurisdicciones”<sup>90</sup> o solapamiento en la competencia de los distintos órganos judiciales llamados a conocer de la presunta ilicitud del mismo viene de suyo. No obstante, la disciplina del DIP ha sabido encauzar con agudeza un salvoconducto ante esta superposición de jurisdicciones: el principio de “complementariedad”, que hace hincapié en el deber primario de las jurisdicciones penales de los Estados de perseguir y enjuiciar la comisión de crímenes internacionales sobre los que sean competentes.

## 1. Las jurisdicciones ucraniana y rusa

En este orden de ideas, la aplicación del principio de complementariedad en el conflicto ruso-ucraniano entraña la ineludible labor de analizar la primera línea de defensa contra la impunidad de los crímenes internacionales presuntamente cometidos durante el mismo: los tribunales nacionales tanto ucranianos –en virtud del principio de territorialidad<sup>91</sup> (art. 6.1 del Código Penal de la República de Ucrania (CPRU), de 5 de abril de 2001<sup>92</sup>)– como rusos –en atención tanto al principio de territorialidad<sup>93</sup> como de nacionalidad activa y a la “contrariedad a los intereses de la Federación de Rusia” (arts. 11.1, 12.1 y 2<sup>94</sup> y 12.3, respectivamente, del Código Penal de la Federación de Rusia (CPFR), de 13 de junio de 1996<sup>95</sup>)–. Y es que el propio fiscal de la CPI, K. Khan, ha instado a los órganos judiciales de ambos Estados a satisfacer esta obligación primaria de enjuiciamiento<sup>96</sup>.

Por ende, se abordará primeramente el grado y la calidad de tipificación de que gozan los crímenes internacionales objeto de estudio en la legislación penal ucraniana y rusa para analizar, a continuación, la existencia o ausencia de investigaciones y procesos penales internos

---

*Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, núm. 14, 2011, pp. 167-193, p. 178, <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/38997>

89 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, p. 159.

90 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, 2001, p. 157.

91 CASSESE, A., *The Oxford companion to international criminal justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 123, <https://opil-ouplaw-com.bucm.idm.oclc.org/display/10.1093/law/9780199238323.001.0001/law-9780199238323>

92 Criminal Code of Ukraine of 5 April 2001, The Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BVR), núm. 25–26, Art. 131, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/2341-14#Text>

93 La atribución competencial a los tribunales rusos en virtud del principio de territorialidad obedece a lo expuesto en el capítulo previo, habiéndose reportado la comisión de crímenes internacionales también en su propio territorio.

94 El art. 12.2 prevé expresamente la responsabilidad criminal de los miembros de las unidades militares de la Federación de Rusia que cometan crímenes en el territorio de terceros Estados.

95 Código Penal de la Federación de Rusia, de 13 de junio de 1996, núm. 63-FZ, <http://government.ru/docs/all/96145/> [Traducción propia]

96 *Europa Press*, “El TPI recuerda a Kiev y Moscú que puede juzgar actos de genocidio o crímenes de guerra en Ucrania”, 25 de febrero de 2022, <https://www.europapress.es/internacional/noticia-tpi-recuerda-kiev-moscu-puede-juzgar-actos-genocidio-crimenes-guerra-ucrania-20220225132718.html>

al respecto –relegándose el estudio de su eventual adecuación a los requisitos y estándares pregonados por el ECPI al capítulo relativo a la CPI–.

## A) LA JURISDICCIÓN UCRANIANA

La introducción *ex novo* en 2001 de la “Sección XX” en el CPRU, bajo la presidencia de L. Kuchma, propició el alineamiento del Estado ucraniano con sus obligaciones internacionales de transposición respecto de los diversos instrumentos internacionales ratificados, añadiendo a su articulado un total de trece nuevos delitos con un bien jurídico protegido en común: la paz, la seguridad de la humanidad y el derecho y el orden internacionales<sup>97</sup>.

### a) Crímenes de guerra

La obligación de tipificación y sanción impuesta por el Derecho de Ginebra a sus Estados Partes en relación con las infracciones graves al DIH ha entrañado el desarrollo de diversas técnicas de penalización interna: bien por medio de la adopción de una ley específica e independiente del Código Penal o Militar de que se trate, bien a través de la inserción de normas, secciones, títulos o capítulos en los mismos<sup>98</sup>.

En el caso ucraniano, la apuesta por la segunda de las opciones resulta clara. Por un lado, bajo el título de “Crímenes contra el orden establecido del servicio militar” se contienen, en la Sección XIX del CPRU, el hecho de infligir violencia contra la población en la zona de comisión de las hostilidades (art. 433) y malos tratos a los prisioneros de guerra (art. 434), así como el uso ilegal e indebido de los símbolos de la Cruz Roja, la Media Luna Roja y el Cristal Rojo (arts. 435 y 445)<sup>99</sup>. La ya mencionada Sección XX tipifica como crímenes de derecho interno, por otro lado, la violación de las leyes y costumbres de la guerra (art. 438), el uso de armas de destrucción masiva (art. 439) y su desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento, venta y transporte (art. 440)<sup>100</sup>.

En lo relativo al concreto sistema de imputación empleado, en la mayoría de casos el legislador ucraniano ha optado por aquel de carácter específico, consistente en la transcripción en la norma interna de las infracciones graves previstas por los Convenios de Ginebra y el Protocolo I.

---

97 POPOVYCHUK, V. O., “Definición de la categoría de “crímenes contra la paz, la seguridad humana y el derecho y el orden internacionales”, *Revista de la Universidad de Derecho de Kiev*, núm. 3, 2015, pp. 320-323, p. 320, [http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP\\_meta&C21COM=S&2\\_S21P03=FILE=&2\\_S21STR=Chkup\\_2015\\_3\\_76](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILE=&2_S21STR=Chkup_2015_3_76) [Traducción propia]

98 BARRETO ARDILA, H., “Globalización del DIH: Penalización de infracciones y violaciones graves al DIH en el derecho interno colombiano”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 21, núm. 67, 1999, pp. 97-117, p. 104, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5312207>

99 POPOVYCHUK, V. O., *op. cit.*, p. 322.

100 *Ibidem*.

No obstante, el art. 438 se aparta de la tónica general y emplea el llamado “sistema de imputación combinada”, que agrega al anterior la técnica de la “imputación global o remisiva” (optando también por esta última el art. 439). Esencialmente, la transposición de la norma internacional en el instrumento interno viene acompañada por una cláusula residual de remisión al Derecho Internacional, favoreciendo la penalización de aquellas conductas que carezcan de imputación y sanción específica<sup>101</sup>. Y es que este artículo se refiere, tras la enumeración de determinadas conductas, a la criminalización de “*any other violations of the rules of the warfare stipulated by international treaties, ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine*”. La inclusión de esta suerte de “cláusula abierta” –altamente frecuente en los ordenamientos internos– favorece la máxima ampliación del espectro de protección al establecer una sanción por aquellas conductas que, en el futuro, lleguen a ser calificadas como “crímenes de guerra” sin necesidad de reformular el artículo.

Empero, emerge como necesario verter algunas críticas acerca de la transposición de las normas analizadas. En primer lugar, destaca la falta de distinción a lo largo y ancho del articulado entre los conflictos armados internacionales e internos, contraviniendo el espíritu del Derecho de Ginebra. Además de la evidente falta de seguridad jurídica que propugna la cláusula de remisión mencionada, si se toman como ejemplo los arts. 438 y 433, el recurso a conceptos tan ambiguos como el “trato cruel” o la “violencia contra la población”, si bien trata de dilatar al máximo el ámbito de protección a través de conceptos genéricos, origina un margen de interpretación subjetivo excesivamente amplio por parte del juez ucraniano a la hora de determinar la responsabilidad criminal<sup>102</sup>, pudiendo arrojarse resultados diametralmente dispares según el caso concreto. Destaca igualmente la doble penalización de ciertas conductas como la relativa a los malos tratos a prisioneros de guerra (prevista en términos *quasi* idénticos en los arts. 434 y 438, si bien con penas de cárcel llamativamente dispares<sup>103</sup>), o el requerimiento del elemento subjetivo del tipo relativo a la obligación de realizar trabajos forzados en el delito de deportación (art. 438).

Gravemente destacable resulta, por añadidura, la no inclusión en el art. 49.5 del CPRU –que regula la imprescriptibilidad de ciertos delitos– de las conductas prohibidas por los arts. 433, 434, 435, 440 y 445, a pesar de ser Ucrania Estado Parte de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, como ya se apuntó *supra*.

101 BARRETO ARDILA, H., *op. cit.*, p. 105.

102 En relación con la responsabilidad por la comisión de los crímenes internacionales tipificados en el CPRU, emerge como imprescindible referir la enmienda introducida a través del nuevo art. 43-1, que dota de *combat immunity* a las personas (incluida la población civil) que cometan actos *a priori* ilícitos de conformidad con el Código, siempre que estos se dirijan contra personas implicadas en la agresión armada a Ucrania y que la actuación haya sido llevada a cabo “*in the absence of signs of tortures or application of the means of warfare prohibited by international law, other violations of the laws and customs of war provided by international treaties which consent to be bound is provided by the Verkhovna Rada of Ukraine*”. BONDARENKO, O., REZNIK, O. y UTKINA, M., “Novelization of the Criminal Code of Ukraine during the 2022 Russian invasion”, *Journal of International Legal Communication*, vol. 4, núm. 1, 2022, pp. 31-38, pp. 33-34, <https://jilc.e-science.space/wp-content/uploads/2022/06/JILC-2022-4-1-031-038-Bondarenko.pdf>

103 El trato cruel a los prisioneros de guerra se encuentra penado, en caso de optar por el art. 434, con una pena de cárcel de hasta tres años; mientras que, si se enjuiciase bajo el art. 438, la pena prevista se encontraría entre los ocho y doce años de cárcel.

En suma, el CPRU no ha logrado acoger el DIH en su seno con el suficiente rigor jurídico, aunando consecuentemente bajo el mismo rango de penas un amplísimo espectro de conductas que difieren enormemente en su gravedad. En este sentido, y como afirman tanto la Comisión de Investigación<sup>104</sup> como expertos doctrinales ucranianos, emerge como necesario detallar y diferenciar los crímenes de guerra, así como armonizar sus características con aquellas plasmadas en el ECPI<sup>105</sup>.

Empresa que, sin embargo, ya fue iniciada en mayo de 2021 a través de la adopción parlamentaria del Proyecto de Ley núm. 2689 “*On Amendments to Certain Legislative Acts on the Enforcement of International Criminal and Humanitarian Law*”<sup>106</sup>. A pesar de la inconmensurable importancia de la reforma penal inserta en dicho proyecto de ley, que atraviesa diametralmente al CPRU alineando sus disposiciones con la legislación internacional relativa no solo a los crímenes de guerra, sino también a los de genocidio, lesa humanidad y agresión (cuyo estudio se expondrá a continuación), resulta absolutamente inconcebible, de acuerdo con Y. V. Orlov y N. A. Pribitkova, que a día de hoy el presidente V. Zelenski no haya estampado todavía su firma en el mismo, impidiendo consecuentemente su publicación y entrada en vigor<sup>107</sup>.

Un estancamiento legislativo incomprensible que, sin duda, merma la calidad jurídico-internacional de los procesos internos contra milicias rusas que ya comenzaron a sustanciarse desde los albores de la invasión en mayo de 2022<sup>108</sup>. Habiendo logrado el sistema ucraniano procesar y condenar a 53 de los 207 soldados rusos acusados de la comisión de los mismos, según datos de julio de 2023<sup>109</sup>, es sin duda en la categoría de crímenes de guerra donde los tribunales nacionales han centrado su competencia enjuiciadora.

#### *b) Crimen de genocidio*

El “crimen entre los crímenes” goza, a diferencia de sus predecesores, de una transposición de alta calidad jurídica en la legislación ucraniana. Y es que el art. 442 del CPRU replica con fidelidad el contenido de los arts. II y III de la Convención contra el Genocidio y del art. 6 del ECPI.

Bajo dicha calificación jurídica se han iniciado, de acuerdo con el actual fiscal general de Ucrania A. Kostin, investigaciones relativas a procesos por genocidio<sup>110</sup>. Retomando lo ex-

104 HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/78/540 *op. cit.*, párr. 111, apartado d).

105 ORLOV, Y. V. y PRIBITKOVA, N. A., “Guerra y política penal de Ucrania: retos y respuestas”, *Derecho y Seguridad*, vol. 85, núm. 2, 2022, pp. 40-49, p. 45, <https://doaj.org/article/8e4359aebd9841448d074c-19183da762> [Traducción propia]

106 *Human Rights Watch*, “Ukraine: International Crimes Bill Adopted: Law Could Strengthen Effective Prosecution of War Crimes”, 21 de mayo de 2021, <https://www.hrw.org/news/2021/05/21/ukraine-international-crimes-bill-adopted>

107 ORLOV, Y. V. y PRIBITKOVA, N. A., *op. cit.*, p. 45.

108 NURIDZHANIAN, G., “Ensuring fairness of war crime trials in Ukraine”, 2023, pp. 1-12, p. 3, <https://ssrn.com/abstract=4565541>

109 *Ibidem*.

110 *Ukrinform*, “Ukrainian law enforcement officers record more than 300 cases of genocide”, 1 de noviembre de 2022, <https://www.ukrinform.net/rubric-ato/3605179-ukrainian-law-enforcement-officers-record-more-than-300-cases-of-genocide-top-prosecutor.html>

puesto en el capítulo anterior acerca de la particular dificultad probatoria de la *mens rea*, y siendo aún demasiado pronto para determinar si los tribunales ucranianos han optado por la tesis de la necesaria “política estatal” o, por el contrario, de la inferencia de la intención a través del conjunto de hechos, las palabras del fiscal parecen apuntar *a priori* a la primera de las opciones: “*about 300 Russian prisoners of war [...] were asked, in particular, about how they understood the concept of “denazification and demilitarization of Ukraine”*”<sup>111</sup>. Y es que la estrategia en la búsqueda de pruebas tendentes a la afirmación de la existencia de una política estatal última de sello ruso a través de la interrogación de los soldados de rango inferior parece desprenderse de tales declaraciones<sup>112</sup>.

En relación con la modalidad de “incitación pública al genocidio” previamente calificada, igualmente se encuentra penada por el art. 442.2 del CPRU, de un modo incluso más detallado que su homólogo en la Convención contra el Genocidio (art. III, apartado c)), puesto que el primero castiga además la producción en aras de su distribución, así como la propia distribución, de cualquier tipo de material incitador. Y es precisamente la inclusión de esta modalidad la que permitió el engrosamiento de los cargos por los que fue acusado y enjuiciado *in absentia*<sup>113</sup> el periodista ruso A. Krasovsky ante el Tribunal del Distrito de Shevchenkivskiyi de Kiev<sup>114</sup>, constituyendo esta una de las dos condenas relativas al crimen de genocidio (en la modalidad de incitación pública y directa) dictadas por tribunales ucranianos en el marco del conflicto hasta la fecha<sup>115</sup>.

### c) *Crímenes de lesa humanidad*

Basta una sucinta lectura del CPRU para percibir que este tipo de crímenes no se encuentran fundamentados en él de manera teórica ni práctica<sup>116</sup>. Tan solo se logra advertir la tipificación de algunas de las diversas conductas, individualmente consideradas, que conforman el conjunto de crímenes de lesa humanidad –*i. e.*, el asesinato (art. 115) o la tortura (art. 127)–. A estos efectos, la consideración individualizada de dichos delitos entrañaría dos graves consecuen-

111 *Ibidem*.

112 Para K. Ambos, la responsabilidad de los autores de bajo rango en el crimen de genocidio viene precisamente dada por el conocimiento de que estos “forman parte de la campaña genocida y que, por tanto, contribuyen a la materialización de la intención colectiva de destruir”. AMBOS, K., “¿Qué significa la... *op. cit.*, p. 56.

113 El art. 323.3 del Código de Procedimiento Penal de Ucrania, de 13 de abril de 2012, permite el enjuiciamiento *in absentia* por crímenes de genocidio, agresión y determinados crímenes de guerra. Criminal Procedure Code of Ukraine of 13 April 2012, The Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BVR), núm. 9–10, núm. 11–12, núm. 13, Art. 88, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/4651-17#Text>

114 SALII, I. y CRUVELLIER, T., *Justiceinfo*, “Ukrainian justice sanctions “incitement to genocide”, 21 de abril de 2023, <https://www.justiceinfo.net/en/115750-ukrainian-justice-sanctions-incitement-to-genocide.html>

115 *European Pravda*, “Why Ukraine Needs to Change its Approach to Punishing Russian Propagandists for Incitement to Genocide”, 30 de noviembre de 2023, <https://www.eurointegration.com.ua/eng/news/2023/11/30/7174637/>

116 TOROSH, S. O., “Legal mechanism of solving crimes against humanity: historical and theoretical aspects”, *Boletín de la Universidad Nacional Politécnica de Lviv*, núm. 827, 2015, pp. 258-264, p. 260, <https://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2017/jun/4854/torosh.pdf> [Traducción propia]



cias: en primer lugar, estos serían susceptibles de ser amnistiados y, en segundo, ninguno de ellos se encontraría sujeto al régimen de imprescriptibilidad previsto en el art. 49.5 del CPRU (tan solo reservado a *determinados* crímenes de guerra, al crimen de genocidio y al crimen de agresión).

Como posible vía alternativa para dotar de una mínima penalización a ciertas modalidades de crímenes de lesa humanidad y evitar su eventual prescripción y amnistía, no resultaría descabellado que los tribunales ucranianos aprovecharan el cierto solapamiento existente entre esta categoría y los crímenes de guerra<sup>117</sup>. No obstante ello, la opción por esta rudimentaria vía, carente de absoluto rigor jurídico, resultaría del todo indeseable al obviar los elementos específicos requeridos por el crimen de lesa humanidad y, en consecuencia, al no reflejar su especial gravedad en la imposición de la pena.

No siendo siquiera posible una interpretación del precepto interno conforme al Derecho Internacional porque, simple y llanamente, no existe tal, M. Ollé Sesé enuncia la tipicidad en Derecho Internacional de “todo *crimen internacional de primer grado* que esté prohibido por una norma previa *ius cogens*” (siempre que sus elementos se hallen descritos con la debida claridad e inteligibilidad) con independencia de que este se encuentre prohibido o no en el ordenamiento interno<sup>118</sup>. A estos efectos, la laxación del principio *nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege*<sup>119</sup> y su sustitución en Derecho Internacional por la fórmula *nullum crimen sine iure*<sup>120</sup> permitiría el enjuiciamiento en sede ucraniana de tales crímenes de lesa humanidad, tomando como pena de referencia aquella correspondiente a los “delitos subyacentes” tipificados en el ordenamiento interno a través de los cuales se instrumentan dichos crímenes<sup>121</sup> (en el caso ucraniano, el asesinato, la tortura, etc., individualmente considerados). Pena que, no obstante, no tomaría en cuenta las características especialmente graves de los crímenes de lesa humanidad, resultando además digno de análisis el rol que desempeñaría la prescripción de dichos “delitos subyacentes” en relación con la aplicabilidad de sus penas.

No obstante, la práctica de los tribunales ucranianos refleja una tendencia muy distinta a las recién expuestas. Y es que, de acuerdo con la OACNUDH, investigadores y fiscales ucranianos han clasificado algunos de los actos contenidos en el previamente mencionado art. 438 del CPRU como “crímenes de lesa humanidad”, incurriendo en una clasificación conductual errónea y jurídicamente inadmisibles al no referenciar siquiera los elementos contextuales de dichos crímenes<sup>122</sup>.

---

117 *V. gr.*, el previamente mencionado art. 438 del CPRU incluye la criminalización de la deportación de población civil en aras de su sometimiento a trabajos forzados, conducta a la que se refiere precisamente el art. 7.1.d) del ECPI.

118 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, pp. 179-180.

119 CRISTÓBAL TÁMARA, T., “El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, vol. 12, núm. 14, 2020, pp. 249-266, pp. 257-258, <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/267/412>

120 *Ibid.*, p. 183.

121 *Ibid.*, pp. 178 y 180.

122 OHCHR, “Report on the Human Rights situation in Ukraine: 1 February to 31 July 2023”, 4 de octubre de 2023, párr. 123, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/hrcouncil/coiukraine/23-10-04-OHCHR-36th-periodic-report-ukraine-en.pdf>

d) *Crimen de agresión*

La tipificación del crimen de agresión en el art. 437 del CPRU resulta excesivamente pobre en comparación con la definición jurídica del mismo contenida en los instrumentos internacionales actuales. Y es que dicho precepto se limita a penalizar la planificación, preparación, desencadenamiento o conducción de una “guerra de agresión o conflicto armado” (además de los actos de conspiración a tal efecto) sin siquiera definir tal elemento del tipo ni remitir su interpretación a instrumento internacional alguno. No obstante, y sin perjuicio de la ausencia de referencia expresa, como apunta G. Werle en atención a la “sustancia y origen” internacional de la legislación de implementación, la interpretación de esta última debería llevarse a cabo conforme al Derecho Internacional<sup>123</sup>. Una interpretación que no debe ser tomada como vía para eludir la diametral revisión de que requiere este artículo, al objeto de regular cuestiones virtualmente significativas como la definición del concepto de “guerra de agresión”, la utilización de asociaciones paramilitares, grupos armados ilegales o empresas militares privadas o la puesta a disposición del territorio del propio Estado en beneficio del agresor<sup>124</sup> (en referencia directa a Bielorrusia).

No obstante lo recién expuesto, lo cierto es que se están llevando a cabo investigaciones al respecto en sede ucraniana<sup>125</sup> en virtud del principio de territorialidad<sup>126</sup>, si bien lo más certero sería inferir que estas mantienen en su punto de mira exclusivamente a soldados de medio y bajo rango en tanto que “conductores” de tal guerra de agresión. Y es que tanto la *troika* (jefe de Estado, jefe de Gobierno y ministro de Asuntos Exteriores) rusa (conformada por V. Putin y S. Lavrov) como bielorrusa (concretamente, A. Lukashenko y S. Aleinik) gozarían en todo caso de inmunidad de jurisdicción personal y absoluta ante tribunales penales extranjeros en virtud del derecho consuetudinario. El régimen de las inmunidades jurisdiccionales en Derecho Internacional resulta muy claro al respecto: suficientemente tajante resultó la CIJ en el *Asunto de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* al sentenciar que “*it is firmly established that [...] certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal*”<sup>127</sup>, en virtud del principio *par in parem non habet imperium*. Una inmunidad que, sin embargo y como se abordará en el Capítulo IV, no opera ante tribunales penales internacionales tales como la CPI.

123 WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 78, <https://biblioteca-tirant-com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788490041116>

124 ORLOV, Y. V. y PRIBITKOVA, N. A., *op. cit.*, p. 43.

125 *Ibid.*, p. 42.

126 El *Manual de ratificaciones e implementación de las Enmiendas de Kampala* dispone explícitamente que “todos los Estados que tipifican como crimen la agresión incluyen su competencia respecto a la agresión cometida en su territorio”. FERNÁNDEZ PONS, X., “El crimen de agresión en las jurisdicciones penales nacionales”, en SALINAS DE FRÍAS, A., PETIT DE GABRIEL, E. W. (dirs.), GARCÍA ANDRADE, P. y ÁLVAREZ ARCÁ, I. (coords.), *La Corte Penal Internacional 20 años después*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 139-172, p. 159, <https://biblioteca-tirant-com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413554297>

127 *Arrest Warrant of 11 April (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, *ICJ Reports* 3, párr. 51, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>

No obstante, la inmunidad de jurisdicción en sede extranjera no entraña que las altas cúpulas rusa y bielorrusa se encuentren blindadas *ad aeternum*, puesto que en el momento en que dejasen de ostentar dichos cargos la inmunidad personal caería por su propio peso, pasando a estar únicamente amparados bajo la llamada “inmunidad funcional” (esto es, aquella de la que gozan los funcionarios estatales por actos oficiales<sup>128</sup>), cuya inaplicabilidad al enjuiciamiento de crímenes internacionales incluso en sede extranjera es objeto de un amplio reconocimiento<sup>129</sup>.

Corresponde en este punto retomar el estudio de las posibles modalidades de responsabilidad criminal de la *troika* bielorrusa, apuntada en el Capítulo II, sección cuarta, con arreglo a la legislación penal ucraniana. Y es que en caso de calificar la conducta bielorrusa como un “acto de agresión” por sí mismo, A. Lukashenko y S. Aleinik serían encausados en calidad de autores (art. 27.2 del CPRU); mientras que, en caso de tomarse esta como una participación en el acto de agresión ruso, la responsabilidad criminal de los mismos vendría encauzada a través de la complicidad (art. 27.5 del CPRU). Si bien el legislador penal ucraniano no estableció variaciones específicas en la imposición de la pena en atención a la concreta modalidad de responsabilidad (arts. 29.1 y 29.2, respectivamente), el art. 68.2.a) establece que el juez deberá tomar en cuenta, en el caso de la complicidad, “*the nature and the degree of each person’s participation in the criminal offense*”.

En suma, y habiendo desbaratado el obstáculo relativo a la inmunidad funcional, el eventual procesamiento de los previamente mencionados una vez abandonasen el cargo se llevaría a cabo, en todo caso, *in absentia*<sup>130</sup>, a la luz de la escasa posibilidad de arresto. Sin embargo, la cada vez más aclamada apuesta por la creación de un tribunal internacional *ad hoc* que se encargue de enjuiciar en exclusiva el presunto crimen de agresión<sup>131</sup> torna este escenario aún más remoto.

## B) LA JURISDICCIÓN RUSA

El CPFR, adoptado bajo la presidencia de B. Yelstin, contiene la tipificación de *determinados* crímenes internacionales en el Capítulo 34 de la Sección XII, bajo el título “Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”.

---

128 PEDRETTI, R., *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, 1ª ed., Brill, 2014, p. 14, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/reader.action?docID=1875438>

129 FOAKES, J., *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, 1ª ed., Oxford University Press, 2014, p. 205, <https://opil-oup.com.bucm.idm.oclc.org/display/10.1093/law/9780199640287.001.0001/law-9780199640287>

130 *Vid. supra* nota al pie núm. 113, p. 21.

131 PARLAMENTO EUROPEO: 2022/3017 (RSP), “Sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania”, 19 de enero de 2023, *DOUE*, Serie C, núm. 214, de 16 de junio de 2023, pp. 109-113, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023IP0015> Para un estudio más detallado acerca de las cuestiones jurídicas relacionadas con la creación de un tribunal especial para Ucrania véase el análisis de K. Ambos en <https://verfassungsblog.de/a-ukraine-special-tribunal-with-legitimacy-problems/>

En virtud de los principios de nacionalidad activa, territorialidad y “contrariedad a los intereses de la Federación de Rusia” mencionados *supra*, la competencia de los tribunales rusos –y, por ende, la aplicación de su legislación penal– se circunscribe, en teoría, a aquellos crímenes internacionales presuntamente cometidos por milicias rusas tanto en Ucrania como en Rusia (y, eventualmente, por autoridades ucranianas en Rusia<sup>132</sup>). Conviene precisar igualmente que no se procederá a realizar un análisis de la tipificación en sede rusa de los crímenes internacionales de calado similar al expuesto en el caso ucraniano debido a que, en esencia, ambas resultan enormemente similares –y, con ello, también su crítica–.

a) *Crímenes de guerra*

La tipificación de los crímenes de guerra en el CPFR ha sido calificada por G. Esakov como “*a legislative mistake*”<sup>133</sup>. No solo el escasísimo número de artículos dedicados al respecto llena de contenido dicha afirmación –concretamente, los arts. 355 (relativo al desarrollo, fabricación, almacenamiento, adquisición o venta de armas de destrucción masiva), 356 (dedicado al uso de medios y métodos de guerra prohibidos) y 359 (que castiga el mercenarismo)–, sino que también lo hace el flagrante abuso del sistema de imputación global o remisiva de que se valen los arts. 355 y 356.

Y es que bajo sendas cláusulas de remisión tanto a las armas de destrucción masiva como a los medios y métodos de guerra prohibidos por los tratados internacionales de que sea Estado Parte Rusia se enmascara “*a mixture of the Hague and Geneva law, failure to include customary international law, gaps or overkills in criminalizing acts, failure to differentiate between international and non-international armed conflicts, etc.*”<sup>134</sup>. Sumado a esto, y de nuevo bajo términos de excesiva generalidad (*i. e.*, el “trato cruel” a los prisioneros de guerra y civiles), se trata de transponer las infracciones graves al DIH utilizando la metodología de imputación específica. Como resulta evidente, y al igual que su homólogo ucraniano, la exigua calidad jurídica en la categorización de los crímenes de guerra deriva directamente en un sistema de penas que obvia la diversidad en la gravedad de las conductas.

b) *Crimen de genocidio*

La manifestación del consentimiento prestada por la Federación de Rusia a la Convención contra el Genocidio explica el alineamiento del art. 357 del CPFR con el art. II de la misma, si bien algunas diferencias captan la atención del lector. En primer lugar, la noción de “destrucción” del grupo es sustituida en el precepto ruso por el concepto de “exterminio”, lo que

---

132 *Vid.* HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/55/66 *op. cit.*, párr. 28: “[...] *the next day, a strike in central Belgorod city, in the Russian Federation, reportedly killed 25 persons*”.

133 ESAKOV, G., “Russian Criminal Legislation on Crimes against Peace and the Security of Humankind: A Critical Evaluation”, *Kutafin University Law Review*, vol. 2, núm. 4, 2015, pp. 296-305, p. 304, [https://www.academia.edu/48021786/Russian\\_Criminal\\_Legislation\\_on\\_Crimes\\_against\\_Peace\\_and\\_the\\_Security\\_of\\_Humankind\\_A\\_Critical\\_Evaluation](https://www.academia.edu/48021786/Russian_Criminal_Legislation_on_Crimes_against_Peace_and_the_Security_of_Humankind_A_Critical_Evaluation)

134 *Ibidem*.

enfatisa aún más el carácter físico y/o biológico del crimen de genocidio. En segundo lugar, la incorporación *ex novo* de la modalidad relativa a la “reubicación forzada” se da directamente de bruceos contra la ausencia de tipificación de la incitación pública y directa al genocidio, vaciando por ende de contenido el art. III, apartado c) de la Convención e imposibilitando, igualmente, el encausamiento de los ciudadanos y autoridades rusas que han llevado presuntamente a cabo esta conducta.

*c) Crímenes de lesa humanidad*

Al igual que su homólogo ucraniano, el CPFR no contiene una tipificación *ad hoc* de los crímenes de lesa humanidad, lo cual se desprende, de nuevo, de la negativa rusa al ECPI. En su lugar, su articulado criminaliza, de forma individualizada y estanca, algunas de las conductas que conforman esta amplia categoría de crímenes (*i. e.*, los arts. 117, 105 y 301 castigan, respectivamente, la comisión de tortura, asesinato, y detención ilegal). No obstante, y al igual que sucede en el escenario ucraniano, en ningún caso resultaría jurídicamente tolerable la persecución de crímenes de lesa humanidad con arreglo a conductas típicas ordinarias pues, además de no estar sujetas a imprescriptibilidad de conformidad con el art. 78.5 del CPFR<sup>135</sup>, se estaría vilipendiando su carácter especialmente atroz al obviar precisamente sus elementos caracterizadores. En consecuencia, resultaría inevitable la imposición de penas que no alcanzan a sancionar proporcionalmente la gravedad de la conducta<sup>136</sup>.

*d) Crimen de agresión*

El crimen de agresión, en tanto que “crimen contra la paz internacional”<sup>137</sup>, se encuentra tipificado en el art. 353 del CPFR, en una redacción que recuerda inevitablemente a la ucraniana. La competencia de los tribunales rusos respecto del crimen de agresión presuntamente cometido por sus propias autoridades se funda, como se apuntó al inicio del capítulo, en el principio de nacionalidad activa (tal y como recogió la Comisión de Derecho Internacional en el art. 8 del *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* de 1996<sup>138</sup>). No obstante, en el plano pragmático el enjuiciamiento de las autoridades rusas resulta inmensamente improbable ante una más que evidente falta de voluntad al respecto por parte del Poder Judicial, sumada además a las inmunidades jurisdiccionales que, al igual que en el resto de Estados, ostenta la *troika* rusa respecto de sus propios órganos judiciales. Una

---

135 Dicho precepto sí contempla, por el contrario, el carácter imprescriptible de los crímenes de guerra establecidos en el art. 358, del crimen de genocidio y del crimen de agresión.

136 ESAKOV, G., *op. cit.*, p. 298.

137 GRECHENKOVA, O. Y. y KUZMENKO, Y. A., “Characteristics of Certain Crimes Against Peace and Security of Mankind as “Essential Threats”, en POPKOVA, E. G. (ed.), *The Future of the Global Financial System: Downfall of Harmony*, Springer, 2018, pp. 612-621, p. 613, [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-00102-5\\_64](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-00102-5_64)

138 FERNÁNDEZ PONS, X., *op. cit.*, p. 158.

inmunidad que, en el caso de V. Putin, fue extendida *propria manu* a golpe de ley federal incluso después de que eventualmente abandonase el cargo<sup>139</sup>.

No obstante lo expuesto en la presente subsección, concerniente a la jurisdicción rusa, el 24 de junio de 2023 el presidente ruso firmó la Ley núm. 270-FZ “*On peculiarities of criminal liability of individuals participating in the special military operation*”, que exime con efecto retroactivo de responsabilidad penal a los militares rusos respecto de una amplísima gama de crímenes –incluyendo potencialmente crímenes de guerra<sup>140</sup>–. Se asestaba así el golpe de gracia a una legislación penal que ya de por sí dista enormemente de las exigencias internacionales.

En lo relativo a la existencia de procesos internos, y según atestigua la OACNUDH, no existe evidencia por el momento de la conducción por parte de Rusia de investigaciones o procesos relativos a la perpetración de crímenes internacionales por parte de sus propias tropas y oficiales<sup>141</sup> conforme a los principios de nacionalidad activa y territorialidad. *A sensu contrario*, Rusia parece haber concentrado su maquinaria procesal ya desde los albores de la invasión en el encausamiento de prisioneros de guerra y civiles ucranianos<sup>142</sup> en virtud del art. 12.3 del CPFR.

## 2. El principio de jurisdicción universal

El art. 17.1 del ECPI no reserva exclusivamente la primacía jurisdiccional sobre la Corte a aquellos Estados que, en atención a criterios de atribución de competencia ordinarios tales como el principio de territorialidad o el de nacionalidad activa, resultarían normalmente facultados para conocer del caso concreto (en este caso, Ucrania y Rusia). Por el contrario, el tenor literal del precepto coloca a cualquier Estado “que tenga jurisdicción sobre el caso” en la vanguardia de la lucha contra la impunidad. Esta intencionada ambigüedad en la redacción deja abierta la puerta a uno de los más controversiales resortes de la justicia internacional penal: el principio de jurisdicción universal. Principio al que precisamente hacía referencia el Consejo de la Unión Europea en relación con el conflicto ruso-ucraniano en sus Conclusiones de 9 de diciembre de 2022, al instar a los Estados miembros a permitir “el ejercicio de la jurisdicción universal u otras formas de jurisdicción nacional sobre los crímenes internacionales fundamentales”<sup>143</sup>. Definido por A. Pigrau Solé como “la capacidad de un Estado de someter a sus propias leyes unos hechos respecto de los cuales carece de cualquier vínculo de conexión

---

139 Ley Federal núm. 462-FZ, de 22 de diciembre de 2020, *sobre las enmiendas al art. 3 de la Ley Federal sobre garantías al presidente de la Federación Rusa, que ha terminado el ejercicio de sus poderes, y miembros de su familia*, <http://government.ru/docs/all/131683/> [Traducción propia]

140 OHCHR, “Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2023” *op. cit.*, párr. 129.

141 OHCHR, “Detention of civilians in the context of the armed attack by the Russian Federation against Ukraine: 24 February 2022 to 23 May 2023”, 27 de junio de 2023, párr. 139, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/2023-07/2023-06-27-Ukraine-thematic-report-detention-ENG\\_0.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/2023-07/2023-06-27-Ukraine-thematic-report-detention-ENG_0.pdf)

142 OHCHR, “Report on the Human Rights situation in Ukraine: 1 February to 31 July 2022”, septiembre de 2022, párr. 95, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-09-23/ReportUkraine-1Feb-31Jul2022-en.pdf>

143 Consejo de la Unión Europea, “El Consejo adopta unas Conclusiones sobre la lucha contra la impunidad en la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania”, 9 de diciembre de 2022, <https://www.consilium.europa>.

y la atribución a sus tribunales de la capacidad, que puede estar o no sujeta a restricciones, de conocer de los mismos<sup>144</sup>, el principio de jurisdicción universal ha sido invocado en el escenario que nos atañe por un gran número de Estados occidentales –Alemania<sup>145</sup>, Suecia<sup>146</sup> o Canadá<sup>147</sup>–.

Sin duda, la nota característica de la práctica totalidad de las investigaciones iniciadas al amparo del mismo es su carácter *estructural*. Bajo esta denominación se conoce a aquellas investigaciones que no se hallan específicamente centradas en sospechosos concretos, sino en situaciones globales<sup>148</sup> y que, por ende, tienen por objetivo contribuir a los esfuerzos investigativos generales en lugar de devenir en procesos concretos.

Resulta imperativo añadir a dicha circunstancia el hecho de que la mayoría de los modelos de jurisdicción universal que se han manifestado a raíz de la invasión son de carácter restringido –el español o el francés<sup>149</sup>– (esto es, se hallan constreñidos por la exigencia de determinados vínculos de conexión entre el foro investigador o enjuiciador y el hecho delictivo) y de que, además, en aquellos de carácter “puro, absoluto o incondicional” –el alemán<sup>150</sup> o el lituano<sup>151</sup>– (de los cuales no se predica la exigencia de vínculo alguno)<sup>152</sup> continúa existiendo un amplio

---

[eu/es/press/press-releases/2022/12/09/council-adopts-conclusions-on-the-fight-against-impunity-in-russia-s-war-of-aggression-against-ukraine/](https://www.gencat.cat/press/press-releases/2022/12/09/council-adopts-conclusions-on-the-fight-against-impunity-in-russia-s-war-of-aggression-against-ukraine/)

- 144 PIGRAU SOLÉ, A., “La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales”, *RxDH Col·lecció recerca per drets humans*, pp. 21-143, p. 23, [https://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/dgrip/RxDH\\_3\\_cast.pdf](https://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/dgrip/RxDH_3_cast.pdf)
- 145 *Human Rights Watch*, “Q&A: Justice Efforts for Ukraine”, 29 de marzo de 2023, <https://www.hrw.org/news/2023/03/29/qa-justice-efforts-ukraine>
- 146 PETROVA GEORGIEVA, V., “Un año de guerra. El conflicto armado entre Rusia y Ucrania ante la justicia internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXXIII, núm. 286, 2023, pp. 5-30, p. 15, <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.286.86494>
- 147 TRIAL INTERNATIONAL, “Universal Jurisdiction Annual Review 2023 (UJAR)”, 2023, p. 10, [https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2023/11/UJAR-2023\\_13112023\\_updated.pdf](https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2023/11/UJAR-2023_13112023_updated.pdf)
- 148 GILCHRIST, H. R., “No Hiding from Justice: Universal Jurisdiction in Domestic Courts”, *Texas International Law Journal*, vol. 57, núm. 2, 2022, pp. 215-238, p. 225, [https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/tilj57&men\\_hide=false&men\\_tab=toc&kind=&page=215](https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/tilj57&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=215)
- 149 Code de Procédure Pénale, de 23 de diciembre de 1958, art. 689-11, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006071154/2023-06-14/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006071154/2023-06-14/)
- 150 Code of Crimes against International Law of 26 June 2002 (CCAIL), Federal Law Gazette I, p. 2254, art. 5, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_vstgb/englisch\\_vstgb.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vstgb/englisch_vstgb.pdf)
- 151 Law on the Approval and Entry into Force of the Criminal Code of 26 September 2000, No VIII-1968, art. 7.1, <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActPrint/lt?jfwid=rivwzvvpvg&documentId=a84fa232877611e5bca-4ce385a9b7048&category=TAD>
- 152 OLLÉ SESÉ, M., “La jurisdicción universal en España por crímenes internacionales de primer grado”, en MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A. (dir.), *Derecho Penal Internacional: Evolución histórica, régimen jurídico y estudio de casos*, 1ª ed., Aranzadi, 2022, <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranzadi%2Fmonografias%2F39057%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=i0ad6a6a2000001862cbf-2c3103519a2f#s1=e&eid=f054de7a5b9267295b690061a4601175&eat=%5Bbid%3D%22%22%5D&p-g=2&psl=&nvgS=false> [Formato electrónico]

margen de discrecionalidad por parte de la Fiscalía a la hora de decidir la apertura de eventuales investigaciones y/o procesos<sup>153</sup>.

Ante esta tesitura, si bien el rol que pueden llegar a desempeñar los mecanismos de jurisdicción universal en este escenario no debe *a priori* minusvalorarse, lo cierto es que la previsible ausencia de investigaciones y procesos relativos a casos concretos debido tanto al carácter estructural de las investigaciones iniciadas como a la naturaleza restringida de los sistemas de jurisdicción universal invocados parece dinamitar la posibilidad de que surja un eventual solapamiento competencial a tres bandas: entre las jurisdicciones ucraniana y rusa, la CPI y el resto de jurisdicciones nacionales.

No obstante lo anterior, vale la pena detenernos en el análisis de una eventual concurrencia de jurisdicciones derivada en este caso de la activación del principio de jurisdicción universal por multitud de Estados<sup>154</sup>. Una concurrencia que vendría dada, tal y como distingue C. Vallejo Peña, en una doble dimensión: vertical (entre tribunales penales internacionales –en este caso, la CPI– y jurisdicciones nacionales) y horizontal (entre las propias jurisdicciones nacionales)<sup>155</sup>.

En lo relativo a la concurrencia vertical, será el estatuto de cada tribunal penal internacional el que determine las relaciones de complementariedad y/o subsidiariedad respecto de las jurisdicciones nacionales<sup>156</sup>. En tal sentido, y como se apuntó previamente, el ECPI resulta genuinamente claro al respecto al proclamar en su art. 17 que la competencia de la CPI no ostenta prioridad sobre aquella de los tribunales internos<sup>157</sup>. Por ende, la competencia de la Corte sobre aquellos casos que hayan sido o estén siendo objeto de investigación y/o enjuiciamiento por parte de las jurisdicciones nacionales en virtud del principio de jurisdicción universal –al igual que ocurre en el caso de las jurisdicciones ucraniana y rusa– quedará determinada a la luz del examen de admisibilidad contenido en dicho precepto. De este modo, y a efectos estructurales, el estudio en detalle de la aplicación del principio de complementariedad a las relaciones entre la CPI y los sistemas de jurisdicción universal invocados en el escenario ruso-ucraniano se remitirá al Capítulo IV, sección segunda, subsección b), apartado c).

Por lo que respecta a la concurrencia horizontal, deben distinguirse a su vez dos tipos de conflictos competenciales: por un lado, entre la jurisdicción territorial y las jurisdicciones de terceros Estados y, por otro, entre estas últimas.

---

153 *V. gr.*, en el sistema alemán uno de los factores a tomar en cuenta por parte de la Fiscalía es la eventual presencia del sospechoso en su territorio. GALLAGHER, K., “Universal Jurisdiction in Practice: Efforts to Hold Donald Rumsfeld and Other High-level United States Officials Accountable for Torture”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, núm. 5, 2009, pp. 1087-1116, p. 1103, [https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/jicj7&men\\_hide=false&men\\_tab=toc&kind=&page=1087](https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/jicj7&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=1087)

154 Como asevera M. Ollé Sesé, “el ejercicio jurisdiccional –en la aplicación del principio de justicia universal– es concurrente y no subsidiario respecto de otras eventuales jurisdicciones nacionales y de la CPI, con la única limitación de la existencia de cosa juzgada”. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, p. 393.

155 VALLEJO PEÑA, C., *El estado de la jurisdicción universal en el derecho internacional y en el derecho interno español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 117.

156 *Ibidem*.

157 PETROVA GEORGIEVA, V., *op. cit.*, p. 13.



En el primer caso, y a pesar de no existir obligación legal alguna al respecto, lo usual de acuerdo con la práctica estatal y la *opinio iuris* es que se otorgue preferencia jurisdiccional al Estado del *locus delicti commissi* –en este caso, a los tribunales ucranianos– en atención a la mayor posibilidad de eficacia que ofrece, entre otras, en materia de recopilación de pruebas<sup>158</sup>. No obstante, dicha primacía carece de carácter absoluto, pues la misma cederá en favor del resto de foros nacionales amparados en el principio de jurisdicción universal en dos situaciones: en primer lugar, en caso de litispendencia tardíamente sobrevenida (a saber, que el Estado territorial inicie acciones judiciales con posterioridad existiendo ya una causa en un estado procesal más avanzado en otro foro que ha asumido el ejercicio universal)<sup>159</sup>; y en segundo, en caso de que “no exista verdadera cosa juzgada y mientras exista inactividad en la investigación y posterior enjuiciamiento por parte del Estado territorial, bien por falta de voluntad, bien por falta de capacidad”<sup>160</sup>. Palabras estas últimas que recuerdan indudablemente a la redacción del art. 17 del ECPI, tratándose, por ende, de una subsidiariedad condicionada al cumplimiento de las exigencias de la “buena fe”<sup>161</sup> por el *forum loci delicti commissi*, incluso en el caso de que ya exista cosa juzgada –“devaluada, fraudulenta o aparente”<sup>162</sup>–. Y dado que el previamente mencionado art. 17 del ECPI constituye precisamente una guía de ponderación a tales efectos<sup>163</sup>, debemos remitirnos en este punto al examen de complementariedad de la jurisdicción ucraniana plasmado en el Capítulo IV, sección segunda, subsección b), apartado a).

En el segundo caso, no resulta baladí analizar la concurrencia horizontal entre foros amparados en el principio de jurisdicción universal, pues el escenario ruso-ucraniano se ha venido caracterizando precisamente por la activación de una ingente cantidad de los mismos. Dicha concurrencia se resolverá, en línea con el planteamiento de M. Ollé Sesé, a través de la determinación de la jurisdicción más adecuada a tenor del principio *pro actione* y de una interpretación conjunta del Derecho Internacional e interno, esto es, de los criterios de atribución de competencia existentes: personalidad activa, pasiva, protección de los intereses esenciales del Estado, universalidad, buena fe (art. 20.3 del ECPI), debidas garantías en el proceso (art. 17.2 del ECPI) e interés de la justicia<sup>164</sup>. Criterios que, en todo caso, deben ser tomados con el fin de otorgar la potestad investigadora y/o enjuiciadora al foro más idóneo en atención a las circunstancias concretas y no como requisitos *ab initio*<sup>165</sup> que dinamiten toda posibilidad de concurrencia de jurisdicciones, dando así lugar a los previamente mencionados sistemas de jurisdicción universal restringidos.

Tal es el caso de España, que se sumó a los esfuerzos de justicia universal de otros Estados ya desde los albores de la invasión a través de la incoación de diligencias por parte de la Audiencia Nacional<sup>166</sup>. Unos esfuerzos investigativos que, sin embargo, se dan de bruces contra un

158 VALLEJO PEÑA, C., *op. cit.*, p. 118.

159 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, pp. 396, 402 y 411.

160 VALLEJO PEÑA, C., *op. cit.*, p. 120.

161 *Ibid.*, p. 121.

162 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, p. 389.

163 VALLEJO PEÑA, C., *op. cit.*, p. 121.

164 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, pp. 411, 412, 413 y 417.

165 VALLEJO PEÑA, C., *op. cit.*, p. 126.

166 *Europa Press*, “La Fiscalía abre diligencias de investigación por la invasión rusa de Ucrania”, 8 de marzo de 2022, <https://www.europapress.es/nacional/noticia-fiscalia-abre-diligencias-investigacion-invasion-rusa-ucrania-20220308142939.html>

“modelo restringidísimo” de jurisdicción universal fruto de un proceso progresivo de desmantelamiento guiado por el oportunismo político y el temor ante un impacto quizás negativo en las relaciones bilaterales del Estado español que culminó con la adopción de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal<sup>167</sup>. Y es que del art. 23.4.a) de dicha Ley Orgánica 6/1985 se desprende, en aras de fundamentar la competencia de los tribunales españoles sobre crímenes de “genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, la exigencia de un vínculo de personalidad activa. Vínculo que termina por dinamitar un sistema de jurisdicción universal cercenado en casi todos sus flancos que ni siquiera otorga competencia a los tribunales españoles para enjuiciar la muerte en tanto que crimen de guerra de la única víctima –por el momento– de nacionalidad española en el conflicto: la cooperante Emma Igual<sup>168</sup>.

Un modelo que, al igual que sus contrapartes occidentales invocados, difícilmente devendrá en procesos, acusados y condenas concretas en tanto que no acaezca la más que necesaria reforma del controvertido art. 23.4 –que, tras más de una década de protesta e incidencia por parte tanto de la sociedad civil como de la comunidad jurídica, parece comenzar a gestarse a raíz de la proposición de ley presentada exitosamente ante el Pleno del Congreso el 20 de febrero de 2024 por el grupo parlamentario Sumar<sup>169</sup>–.

#### IV. EL SEGUNDO BASTIÓN: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

##### 1. El iter de las relaciones entre Ucrania y la CPI

La génesis de la interacción entre el país postsoviético y la CPI comenzó el 20 de enero del año 2000, cuando Ucrania estampó su firma en el ECPI<sup>170</sup> para, un año después, introducir en su Código Penal los crímenes internacionales que conformaban precisamente la competencia *ratione materiae* de la CPI (a excepción de, como se apuntó previamente, los crímenes de lesa humanidad). No obstante, hoy en día acudimos a una realidad donde, más de 24 años después, Ucrania no es Estado Parte del ECPI al no haberlo ratificado. Ciertas inconsistencias con su Constitución –a día de hoy resueltas<sup>171</sup>– parecen explicar este hecho, al que se suman, con alta probabilidad,

167 Para un análisis crítico de la citada Ley española, véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 4, núm. 5, 2014, pp. 161-173, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/25723/1/Articulo%20Reforma%20JU-Revista%20DPyC%20Argentina.pdf>

168 *El Mundo*, “España pide a la Corte Penal Internacional que investigue el asesinato de Emma Igual como “crimen de guerra”, 13 de septiembre de 2023, <https://www.elmundo.es/espana/2023/09/12/6500a90de85e-ce213c8b45a0.html>

169 *Demócrata*, “El Congreso toma en consideración la proposición de ley de Sumar para recuperar la jurisdicción universal”, 21 de febrero de 2024, <https://www.democrata.es/actualidad/el-congreso-toma-en-consideracion-la-proposicion-de-ley-de-sumar-para-recuperar-la-jurisdiccion-universal/>

170 [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280025774&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280025774&clang=_en)

171 GLOBAL RIGHTS COMPLIANCE, ASSER INSTITUTE, “Quick sheet: Ukraine and the International Criminal Court”, septiembre de 2021, <https://www.asser.nl/media/795261/quick-sheet-ukraine-and-the->

los constantes virajes de signo que ha experimentado la política ucraniana en las dos décadas posteriores y que han imposibilitado el sostenimiento de una postura firme respecto de la Corte.

En esta tesitura, el *iter* que ha regido las relaciones entre Ucrania y la máxima institución de justicia internacional penal podría de buena manera considerarse un “híbrido” de situaciones ya vistas con anterioridad. La estrategia relativa a la aceptación de la competencia de la Corte a través de la emisión de declaraciones *ad hoc* en virtud del art. 12.3 del ECPI, que ya había sido esgrimida por Costa de Marfil (en 2003, 2010 y 2011)<sup>172</sup> y Palestina (en 2009)<sup>173</sup>, fue replicada por Ucrania hasta en dos ocasiones. La primera de ellas, emitida en 2014, coincidió con el Gobierno interino prooccidental de A. Turchnikov, delegando a la Corte competencia sobre los presuntos crímenes de lesa humanidad cometidos durante las protestas del Euromaidán entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014<sup>174</sup>. La segunda, emitida esta vez bajo la presidencia de P. Poroshenko en 2015, ampliaba el espectro material y temporal de la primera a aquellos crímenes de guerra y lesa humanidad presuntamente perpetrados en el marco de la ocupación de Crimea y la Guerra del Donbás desde el 20 de febrero de 2014 en adelante<sup>175</sup>. A través de dichas declaraciones se dotaría de competencia a la Corte sobre aquellos crímenes internacionales cometidos en el territorio del Estado emisor de las mismas, con independencia de la nacionalidad de los perpetradores (en virtud del art. 12.2.a) del ECPI). Ante estos hechos, resulta notable que en 2016 Rusia retirase su firma del ECPI<sup>176</sup>, posiblemente en un fútil intento de blindaje jurisdiccional.

Sea como fuere, la entonces fiscal de la CPI, F. Bensouda, decidiría el 25 de abril de 2014 iniciar *motu proprio* un examen preliminar sobre la situación en Ucrania<sup>177</sup>, al objeto de determinar la procedencia de la apertura de una investigación al respecto y en provecho de la aceptación de la competencia de la Corte por parte del Estado afectado, de conformidad con el art. 15.1 y 2

---

[icc-final.pdf](#)

- 172 PÉREZ CABALLERO, J., “La Corte Penal Internacional en Ucrania. Aspectos procesales y materiales de la declaración sobre la crisis del Euromaidán”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2014, pp. 77-110, p. 83, [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5005/Corte\\_penal\\_Ucrania.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5005/Corte_penal_Ucrania.pdf)
- 173 PALESTINIAN NATIONAL AUTHORITY, Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court, de 21 de enero de 2009, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>
- 174 Declaration of the Verkhovna Rada of Ukraine, “Declaration on the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court by Ukraine over crimes against humanity, committed by senior officials of the state, which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals during peaceful protests within the period 21 November 2013 – 22 February 2014”, de 25 de febrero de 2014, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationVerkhovnaRadaEng.pdf>
- 175 Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine, “Resolution on the Declaration of the Verkhovna Rada of Ukraine on the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court by Ukraine over crimes against humanity and war crimes committed by senior officials of the Russian Federation and leaders of terrorist organizations “DNR” and “LNR”, which led to extremely grave consequences and mass murder of Ukrainian nationals”, de 4 de febrero de 2015, [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine\\_Art\\_12-3\\_declaration\\_08092015.pdf#search=ukraine](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine)
- 176 [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280025774&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280025774&clang=_en)
- 177 BERTOT TRIANA, H., “El escenario judicial y arbitral internacional en el conflicto Rusia-Ucrania”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pp. 31-67, p. 51, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8899926>

del ECPI. Decisión relativa a la apertura de una investigación que, no obstante, requeriría de la ineludible autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, exigida precisamente para evitar una excesiva concentración de poder en las manos de la Fiscalía (art. 15.3 del ECPI)<sup>178</sup>.

Anunciada el 28 de febrero de 2022 (una vez iniciada la invasión rusa) la intención por parte del nuevo fiscal, K. Khan, de solicitar dicha autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares a la luz de las conclusiones alcanzadas tras el examen preliminar de su predecesora<sup>179</sup>, la comunidad internacional activaría, siguiendo el precedente venezolano<sup>180</sup> y la sugerencia del propio fiscal<sup>181</sup>, el resorte del art. 14 del ECPI. Y es que, siguiendo la iniciativa lituana, el 2 de marzo de 2022 treinta y nueve Estados Partes de la CPI se sumaron a una remisión conjunta dirigida a la Fiscalía acerca de la situación en Ucrania<sup>182</sup>. Una táctica procesal que, de forma inteligente, evitaría la dilación en el inicio de la investigación al eludir la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. No obstante, resulta ciertamente criticable la ausencia de control judicial por parte de dicho órgano en la decisión del fiscal, puesto que este resolverá el eventual inicio de la instrucción sobre la base de, *inter alia*, criterios sumamente metajurídicos<sup>183</sup> como “el interés de la justicia” (art. 53.1.c) del ECPI<sup>184</sup>). Quizás hubiese resultado preferible, en el caso ucraniano, que la apertura de la investigación hubiese sido sustanciada conforme a la vía original (esto es, el inicio de la investigación *ex officio* por parte del fiscal), al objeto de garantizar la primacía del principio de legalidad sobre el de oportunidad<sup>185</sup> y no *a sensu contrario*.

Sin perjuicio de esto último, y a la luz de los acontecimientos, lo cierto es que el fiscal procedió sin demora al anuncio de la apertura de una investigación relativa al caso ucraniano<sup>186</sup>, pasando a engrosar la larga lista de situaciones bajo escrutinio de la Corte.

178 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, pp. 180-181.

179 *International Criminal Court*, “Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation”, 28 de febrero de 2022, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>

180 ROHT-ARRIAZA, N. y MARTÍNEZ, S., “Grand Corruption and the International Criminal Court in the “Venezuela Situation”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 17, núm. 5, 2019, pp. 1057-1082, p. 1064, [https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/jicj17&men\\_hide=false&men\\_tab=toc&kind=&page=1057](https://heinonline-org.bucm.idm.oclc.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/jicj17&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=1057)

181 *International Criminal Court*, “Statement of ICC Prosecutor, Karim A. A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation”, 2 de marzo de 2022, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>

182 Posteriormente se sumarían a dicha declaración conjunta Japón, Macedonia del Norte, Montenegro y Chile. QUESADA ALCALÁ, C., “La Unión Europea y la Justicia Penal Internacional en Ucrania: Más allá del deber”, *Revista UNISCI/UNISCI Journal*, núm. 64, 2024, pp. 27-54, p. 34, <https://www.unisci.es/la-union-europea-y-la-justicia-penal-internacional-en-ucrania-mas-alla-del-deber/>

183 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, p. 183.

184 El art. 53.1 del ECPI llama igualmente a la toma en consideración de la eventual existencia de un “fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen competencia de la Corte” (apartado a)) y de la satisfacción de los criterios de admisibilidad consagrados en su art. 17.

185 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, p. 183.

186 *International Criminal Court*, “Statement of ICC Prosecutor... *op. cit.*

## 2. Análisis de la investigación hasta el momento y perspectivas de futuro

### A) SELECCIÓN Y PRIORIZACIÓN DE CASOS

Sin perjuicio de que K. Khan anunciase la apertura de la investigación con base en las conductas que ya habían sido identificadas en las conclusiones al examen preliminar de diciembre de 2020 (el cual comprendía tan solo los acontecimientos del Euromaidán, la ocupación de Crimea y la Guerra del Donbás)<sup>187</sup>, el cambio de dirección en la Oficina de la Fiscalía y el inicio de la invasión rusa precipitaron la inclusión de los hechos acaecidos en el contexto de esta última. De tal modo, la investigación quedaría circunscrita al examen de tres de los cuatro crímenes internacionales que conforman la competencia *ratione materiae* de la Corte: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de genocidio (con evidente exclusión del crimen de agresión en virtud del art. 15.5 *bis* del ECPI<sup>188</sup>).

En esta tesitura, el ingente número de potenciales crímenes internacionales cometidos desde el 24 de febrero de 2022 requiere de la acción independiente, imparcial y objetiva<sup>189</sup> (si bien enormemente discrecional) de la Fiscalía en aras de la selección y priorización de aquellos casos que, de acuerdo con los criterios previstos por el “*Policy paper on case selection and prioritisation*”, deban ser sometidos a las Salas de la Corte para su enjuiciamiento. A estos efectos, el fiscal tomará en consideración la gravedad de las conductas, los potenciales cargos y el grado de responsabilidad de los perpetradores<sup>190</sup>.

En este sentido, el fiscal se decantará por aquellos crímenes más serios que constituyan “*a representative sample of the main types of victimisation*”, en atención a criterios cuantitativos (*i. e.*, número de víctimas) y cualitativos (la especial afectación a los niños, la sistematicidad, la existencia de una política estatal, la integración de elementos de violencia sexual, la vulnerabilidad de las víctimas, etc.)<sup>191</sup>. Ergo, la inclusión en el *case selection document*<sup>192</sup> de los crímenes de guerra relativos al traslado ilegal de niños ucranianos (art. 8.2.a) vii del ECPI) o a los actos de violencia sexual (art. 8.2.b) xxii y 8.2.e) vi del ECPI), así como los potenciales crímenes de lesa humanidad (art. 7 del ECPI), resulta especialmente previsible.

---

187 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Report on Preliminary Examination Activities”, 2020, pp. 68-72, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf>

188 El art. 15.5 *bis* del ECPI supone uno de los más evidentes talones de Aquiles de la CPI, puesto que deniega su competencia respecto del crimen de agresión cometido por los nacionales o en el territorio de un Estado no Parte en el mismo. De este modo, y al no haber ratificado ni Ucrania ni Rusia el ECPI, las declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte emitidas por Ucrania se resuelven papel mojado en lo relativo al crimen de agresión.

189 AMBOS, K., “Introductory note to Office of the Prosecutor: Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (Int’l Crim. Ct.)”, *International Legal Materials*, vol. 57, núm. 6, 2018, pp. 1131-1145, p. 1138, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CCDEE693BCF6E6B1A6E858851D0CFE08/S0020782918000499a.pdf/office-of-the-prosecutor-policy-paper-on-case-selection-and-prioritisation-intl-crim-ct.pdf>

190 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Policy paper on case selection and prioritisation”, 15 de septiembre de 2016, párrs. 35, 42 y 45, [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915\\_OTP-Policy\\_Case-Selection\\_Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf)

191 *Ibid.*, párrs. 38-40 y 45.

192 AMBOS, K., “Introductory note to... *op. cit.*”, p. 1133.

La Fiscalía se centrará además en la persecución de las autoridades de alto rango (art. 28 del ECPI), sin desdeñarse el enjuiciamiento de perpetradores de medio rango de ser necesario para establecer la responsabilidad de los primeros<sup>193</sup>, o incluso de aquellas autoridades de bajo rango cuyas conductas hayan sido particularmente graves o notorias<sup>194</sup>, pudiendo generarse en dichos casos un solapamiento competencial con los tribunales nacionales que deberá resolverse a través del principio de complementariedad.

En cuanto a la priorización de los casos seleccionados, la pronta emisión de las mencionadas órdenes de arresto en relación con el traslado ilegal y deportación de menores y con la campaña de ataques contra la infraestructura energética ucraniana denota la evidente prioridad que se ha otorgado a dichas conductas en atención, *inter alia*, a la calidad y cantidad de pruebas incriminatorias al respecto<sup>195</sup> y al impacto de los futuros procesos en la criminalidad de las autoridades rusas<sup>196</sup>.

## B) EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

La relación de casos finalmente seleccionados debe ser sometida, una vez más, al filtro de la admisibilidad, al objeto de dilucidar la existencia de investigaciones o procesos a nivel interno susceptibles de solapamiento con los casos seleccionados<sup>197</sup>. Como se desprende del art. 17 –o más bien, de su lectura en un sentido negativo–, para que la CPI se inhiba del conocimiento de aquellos casos que sean “objeto de una investigación o enjuiciamiento” (art. 17.1.a)) por parte de los tribunales competentes o sobre los que estos “hayan decidido no incoar acción penal” tras haber sido objeto de una investigación (art. 17.1.b)), el Estado no solo debe mostrarse dispuesto a llevar a cabo dicha investigación o enjuiciamiento (art. 17.2), sino que también debe ser materialmente capaz de ello (art. 17.3). Igualmente, los apartados c) y d) imposibilitan, respectivamente, la investigación y enjuiciamiento ante la Corte en caso de que “la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia” –dinamitando sin embargo el art. 20.3.b) del ECPI el efecto de cosa juzgada en caso de que tales procesos hubiesen adolecido de independencia o imparcialidad, posibilitando por ende la acción de la CPI<sup>198</sup>– o de que el asunto no revista de la gravedad suficiente. En atención al hecho de que la discrecionalidad para determinar la gravedad de un determinado asunto corresponderá en última instancia al fiscal –apartado d)–, conviene centrar el análisis en las tres primeras hipótesis.

### a) *En lo relativo a los tribunales ucranianos*

En primer lugar, y en relación con la disposición a investigar y enjuiciar (art. 17.2) y la existencia de sentencias con valor de cosa juzgada (art. 20.3), resulta evidente que, a la luz del

---

193 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Strategic plan June 2012-2015”, 11 de octubre de 2013, párr. 4.a), <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Strategic-Plan-2013.pdf>

194 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Policy paper on... *op. cit.*, párr. 42.

195 Véase HRC, “Report of the Independent International... Doc. A/HRC/52/62 *op. cit.*, párrs. 95-102.

196 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Policy paper on... *op. cit.*, párrs. 50-51.

197 DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 983.

198 OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal... op. cit.*, p. 414.

ingente número de procesos incoados por crímenes de guerra, la justicia ucraniana se ha mostrado más que dispuesta a proceder al enjuiciamiento de las milicias *rusas*. Y se hace especial hincapié en el adjetivo *rusas*, puesto que resulta llamativo que la Fiscalía General haya afirmado que las investigaciones sobre las tropas ucranianas por crímenes internacionales vayan a ser pospuestas al período de posguerra<sup>199</sup>. Si bien uno de los más recientes informes emitidos por la OACNUDH en relación con la situación ucraniana ha reportado la apertura por parte de las autoridades nacionales de investigaciones relativas a crímenes presuntamente cometidos por sus propias tropas, lo cierto es que el documento apunta a una falta de progreso visible en los mismos<sup>200</sup>, no habiéndose emitido por el momento veredicto alguno bajo cargos de crímenes de guerra<sup>201</sup>.

Esta orientación unilateral de los procesos judiciales ucranianos se destila igualmente de la Ley de Cooperación ucraniana con la CPI, en vigor desde el 20 de mayo de 2022<sup>202</sup>, referida exclusivamente a la presunta comisión de crímenes por parte de las tropas rusas<sup>203</sup>, o de la participación ucraniana en el Equipo Conjunto de Investigación (JIT, por sus siglas en inglés) en el marco de la Unión Europea, sin ostentar siquiera Ucrania membresía en la misma<sup>204</sup>. Y es que de tales hechos podría resultar inferible una “falta de disposición a actuar” respecto de las conductas ucranianas en tanto que “demora injustificada” en el sentido del art. 17.2.b) del ECPI.

Más aún, la satisfacción de los requisitos de independencia e imparcialidad pregonados por el art. 17.2.c) del ECPI en la totalidad de procesos ucranianos resulta difícil de sostener, tomando por ejemplo en cuenta las sentencias dictadas contra miembros de los grupos armados afiliados a Rusia en razón de la mera conducción de las hostilidades –en evidente contravención al principio de inmunidad de los combatientes<sup>205</sup>– o la violación de diversas garantías procesales durante el enjuiciamiento de soldados rusos, tales como el derecho a no declarar contra sí mismos o el axioma penal *non bis in idem*.

---

199 AMBOS, K., “La persecución penal en Ucrania de crímenes internacionales: ¿Equitativa, independiente e imparcial?”, *Revista Pensamiento Penal*, núm. 425, 2022, pp. 1-3, p. 2, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/La%20persecuci%C3%B3n%20penal%20en%20Ucrania%20de%20cr%C3%ADmenes%20internacionales%20-%20COLUMNNA.pdf>

200 OHCHR, “Report on the Human Rights situation in Ukraine: 1 August to 30 November 2023”, 12 de diciembre de 2023, párr. 82, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2023-12/23-12-12-OHCHR-37th-periodic-report-ukraine-en.pdf>

201 OHCHR, “Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2023” *op. cit.*, párr. 122.

202 BERTOT TRIANA, H., *op. cit.*, p. 56.

203 OHCHR, “Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2022” *op. cit.*, párr. 94.

204 La Unión Europea ha hecho gala a través de, entre otras, su Agencia para la Cooperación Judicial Penal (*Eurojust*) –cuyo Reglamento fue precisamente reformado tan solo tres meses después del comienzo de la invasión–, de una implicación sin precedentes en lo relativo a la lucha contra la impunidad en el escenario que nos atañe. Un compromiso manifestado no solo a través de la creación del mencionado JIT (integrado por Ucrania, seis Estados miembros de la organización y la propia CPI), sino también de la Base de Datos para la prueba de Delitos Internacionales (CICED) y del Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión (ICPA) a efectos de recopilación de pruebas y apoyo a las investigaciones ya existentes. QUESADA ALCALÁ, C., *op. cit.*, pp. 38, 39 y 46.

205 *Vid. supra* nota al pie núm. 102, p. 19. OHCHR, “Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2023” *op. cit.*, párr. 122-124.

Con todo, y en relación con este último aspecto, el examen del cumplimiento de algunas de las garantías del debido proceso debe ser tomado no como causa de (in)admisibilidad *per se*, sino más bien, y de acuerdo con la redacción del ECPI y los *travaux préparatoires* del mismo, como indicador de la intención *bona* o *mala fide* del Estado para perseguir los crímenes internacionales que sean de su competencia<sup>206</sup>. Y es que “*the Court is not primarily called upon to decide whether in domestic proceedings certain requirements of human rights law or domestic law are being violated. Rather, what is at issue is whether the State is willing genuinely to investigate or prosecute*”<sup>207</sup>. Una aproximación que sin embargo no parece haber sido objeto de práctica unívoca por parte de las Salas de la Corte —que han resuelto en ciertas ocasiones la admisibilidad (caso *Saif al-Islam Gaddafi*) y en otras la inadmisibilidad (caso *Abdullah al-Senussi*) de casos a raíz de la infracción de *las mismas* garantías procesales—, conduciendo a la Sala de Cuestiones Preliminares a adoptar el criterio de la distinción entre aquellas violaciones de derechos humanos que no afectan a la naturaleza genuina del proceso de justicia y aquellas otras que sí lo hacen (siendo únicamente las primeras relevantes en el examen de admisibilidad)<sup>208</sup>.

Criterio este último que, sin embargo, dista enormemente de proveer la necesaria objetividad y congruencia en el análisis del rol de las debidas garantías procesales como causa de (in) admisibilidad, por lo que en el escenario ucraniano la discrecionalidad de los jueces volverá a ser, en este tipo de disyuntivas, el elemento decisivo.

En segundo lugar, y ante la ingente cantidad de potenciales crímenes internacionales registrados, emerge la cuestión relativa a la capacidad de los tribunales ucranianos de hacer frente a tal aluvión de casos con total efectividad y garantías, tomando en cuenta además la flagrante incapacidad enjuiciadora de los tribunales situados en las zonas bajo ocupación rusa (a pesar de continuar ostentando competencia sobre los mismos en virtud del art. 64 del IV Convenio de Ginebra). Tomando en cuenta dicha ocupación *parcial* del territorio ucraniano, puede afirmarse que su sistema judicial se halla también en una situación de incapacidad *parcial*. No obstante, la redacción literal del art. 17.3 del ECPI tan solo permite activar la competencia de la Corte en caso de colapso *total o sustancial* del sistema judicial nacional<sup>209</sup>, no correspondiéndose por ende con la situación en Ucrania. Si bien, lo cierto es que históricamente la aproximación de la Corte al concepto de “incapacidad” no ha resultado del todo congruente si se compara el espíritu inicial de la redacción del ECPI con la jurisprudencia posterior emanada de sus propias Salas<sup>210</sup>. Y es que la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Saif al-Islam*

206 NABIL JURDI, N., “The Complementarity Regime of the International Criminal Court in Practice: Is it Truly Serving the Purpose? Some Lessons from Libya”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 30, 2017, pp. 199-220, pp. 208-209, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/72162DDA7975EEFAF47820E8A88E8AD3/S0922156516000571a.pdf/div-class-title-the-complementarity-regime-of-the-international-criminal-court-in-practice-is-it-truly-serving-the-purpose-some-lessons-from-libya-div.pdf>

207 *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, caso núm. ICC-01/11-01/11 OA 6, sentencia sobre la apelación de 24 de julio de 2014, párr. 190, [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2014\\_06755.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2014_06755.PDF)

208 NABIL JURDI, N., *op. cit.*, pp. 209-213.

209 *Ibid.*, p. 215.

210 *Ibid.*, p. 219.



Gaddafi determinó con base en la incapacidad *parcial* del sistema judicial libio su competencia sobre el mismo<sup>211</sup>.

Siguiendo el documento emitido por la Oficina de la Fiscalía “*Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*”, lo cierto es que algunos de los indicadores referidos para identificar una situación de “*total or substantial collapse or unavailability of national judicial system*” pueden ser reconocidos en el escenario ucraniano: *i. e.*, la ausencia de tipificación de los crímenes de lesa humanidad en la legislación penal ucraniana o la obstrucción del normal funcionamiento de sus tribunales debido a la situación bélica<sup>212</sup>. Empero, y de acuerdo con N. Nabil Jurdi, “*not any [...] ‘lack of substantive or judicial penal legislation’ or ‘any obstruction by uncontrolled elements’ would render the system unavailable*”<sup>213</sup>, por lo que ninguna de las mencionadas situaciones ostentaría la suficiente envergadura como para dinamitar total o sustancialmente la capacidad del sistema ucraniano para procesar y sancionar a los perpetradores de crímenes internacionales –que es, en definitiva, el propósito del ECPI–.

Sin embargo, no resultaría descabellado que la Corte estimase –siguiendo el precedente libio– la incapacidad *parcial* del sistema judicial ucraniano como causa de admisibilidad.

b) *En relación con los tribunales rusos*

Como se apuntó en el capítulo previo, la ausencia de procesos en sede rusa dirigidos en contra de sus propios nacionales contrasta con el enjuiciamiento de ucranianos en procesos carentes de los estándares internacionales sobre procesos justos<sup>214</sup> (especialmente sustanciados ante los cuestionables “órganos jurisdiccionales” de las RPD y RPL<sup>215</sup>). En suma, la insatisfacción de los estándares de imparcialidad e independencia a efectos de los arts. 17.2.c) y 20.3.b) del ECPI en dichos procesos y la ausencia de procedimientos sobre sus propias fuerzas (art. 17.2.b)) denotarían una flagrante indisposición a actuar por parte de Rusia, sumada además a una incapacidad apuntada por la falta de tipificación interna de los crímenes de lesa humanidad e incitación al genocidio (art. 17.3).

c) *En relación con el resto de jurisdicciones nacionales*

Debido al carácter estructural de la práctica totalidad de investigaciones incoadas al amparo del principio de jurisdicción universal y, por ende, a la ausencia de casos concretos, la aplicación del examen de complementariedad contenido en el art. 17 del ECPI a las jurisdicciones de

---

211 *Ibid.*, pp. 214-215.

212 THE OFFICE OF THE PROSECUTOR, “*Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*”, 2003, p. 31, <https://www.legal-tools.org/doc/ff5cf5/pdf>

213 NABIL JURDI, N., *op. cit.*, p. 203.

214 OHCHR, “*Report on the Human Rights...1 February to 31 July 2022*” *op. cit.*, párrs. 97 y 109.

215 Una sustanciación de procesos que resulta en todo caso contraria a las facultades de la Potencia ocupante al quedar prohibida “la reorganización judicial del territorio ocupado”. MASIDE MIRANDA, L., “*Cuestiones relativas a la occupatio bellica*”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pp. 461-485, p. 480, <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2332/AD-8-26.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

terceros Estados resulta, por el momento, vacua. Y es que, simple y llanamente, aún no existen casos en dichos foros cuya competencia pudiera llegar a ser disputada por la Corte.

Únicamente resultaría susceptible de análisis la investigación iniciada por las autoridades de la República de Lituania en virtud del criterio de personalidad pasiva a raíz de la muerte del cineasta lituano M. Kvedaravičius en el curso del conflicto<sup>216</sup>. No obstante, y a pesar de tratarse de una investigación no de carácter estructural, sino enfocada en una situación concreta e incluso con tres sospechosos ya definidos<sup>217</sup>, el medio o bajo rango de los mismos torna remota la posibilidad de solapamiento con la actividad jurisdiccional de la CPI en atención a los criterios de selección de casos previamente definidos.

### C) ACUSACIÓN Y PRÓXIMOS PASOS

De las ya referidas órdenes de arresto emitidas por la Sala de Cuestiones Preliminares II el 17 de marzo de 2023<sup>218</sup> y el 5 de marzo de 2024<sup>219</sup> resulta inferible que la Fiscalía había concluido previamente, y de conformidad con el art. 58.1 del ECPI, la existencia de “indicios racionales de criminalidad”<sup>220</sup> suficientes para ejercer la acusación en relación con la deportación o traslado ilegal de niños ucranianos y con los ataques a la infraestructura energética ucraniana, respectivamente.

En lo relativo a la orden de arresto contra V. Putin, se trata de una acusación contra un jefe de Estado que se sostiene en la jurisprudencia internacional puesto que, de un lado, la CIJ ha señalado expresamente a la CPI como uno de aquellos tribunales penales internacionales donde el principio *par in parem non habet imperium* cae por su propio peso<sup>221</sup> y, de otro, la propia Sala de Apelaciones de esta última refirió en el caso del *Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir* la no existencia de práctica estatal ni *opinio iuris* que avale la inmunidad jurisdiccional de la *troika* frente a tribunales internacionales en tanto que norma consuetudinaria<sup>222</sup>. Siendo el Estado ucraniano plenamente consciente del blindaje jurisdiccional que ostenta el presidente ruso a día de hoy ante sus tribunales internos, ha optado de forma inteligente por renunciar al procesamiento del mismo –que solo podría haber llevado a cabo, *en todo caso*, una vez abandonado el cargo– precisamente para acelerar la mínima posibilidad existente al respecto: el recurso a un tribunal internacional.

Siendo este el escenario al que acudimos actualmente, no resulta en absoluto descabellado que en los meses venideros la Sala de Cuestiones Preliminares II proceda a la confirmación de los

---

216 TRIAL INTERNATIONAL, *op. cit.*, p. 71.

217 <https://www.ecchr.eu/en/case/kriegsverbrechen-in-mariupol-gerechtigkeit-fuer-litauischen-filmemacher/>

218 International Criminal Court, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir... *op. cit.*

219 International Criminal Court, “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Sergei... *op. cit.*

220 LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *op. cit.*, p. 188.

221 *Arrest Warrant of 11 April (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, *ICJ Reports* 3, párr. 61, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>

222 *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, caso núm. ICC-02/05-01/09 OA2, sentencia de 6 de mayo de 2019, párr. 1, [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019\\_02593.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_02593.PDF)

cargos de los cuatro encausados, la cual será con alta probabilidad sustanciada *in absentia* (art. 61.2.b) del ECPI) debido a la virtual dificultad en el arresto de los mismos<sup>223</sup>. Por añadidura, resulta ostensible que la Corte haga próximamente públicas nuevas órdenes de arresto, tomando en cuenta el ritmo al que avanza la instrucción.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

El transcurso del conflicto armado iniciado el 24 de febrero de 2022 ha venido derramando –y continúa haciéndolo– un extenso reguero de crímenes internacionales tras de sí. El registro de conductas potencialmente calificables como “crímenes de guerra” por parte de las fuerzas rusas y ucranianas ha sido una constante desde el comienzo de la invasión. Igualmente, la construcción jurídica del crimen de agresión por parte de las autoridades rusas y bielorrusas no presenta mayores dubitaciones. En lo relativo a la doble posibilidad de imputación de la comisión de este último por parte de la cúpula bielorrusa bien en grado de autoría, bien en grado de participación en la agresión rusa, lo cierto es que, habiéndose demostrado la ausencia de diferencias ostensibles a efectos de imposición de penas, la imputación de un crimen de agresión propio a las autoridades bielorrusas lanzaría un mensaje notoriamente más contundente y simbólico a efectos disuasivos a futuro.

La caracterización de ciertos crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos por efectivos rusos resulta, en este escenario concreto, ciertamente compleja debido a dos factores claves. En primer lugar, la determinación de la existencia de una política estatal al amparo de la cual dichas conductas hubiesen sido perpetradas constituye un enorme desafío. Y es que no se debe ignorar el hecho de que tanto la OACNUDH como la CPI han requerido de nada menos que dos años de investigación para verificar la existencia de dicha política tan solo en relación con la destrucción de la infraestructura energética ucraniana. En segundo lugar, la calificación jurídica de los crímenes de lesa humanidad se presenta ardua en atención a la dificultad de aislar la conducta concreta de un más que probable nexos con el conflicto armado. No obstante, habiéndose desprendido de la práctica de los tribunales internacionales precedentes la posibilidad y, de hecho, el gran recurso a la imputación de sendos cargos por crímenes de guerra y lesa humanidad a aquellas conductas comunes a ambos, no resulta descabellado apuntar a que en los futuros procesos existirán aún más cargos por estos últimos, tomando además en cuenta el precedente ya sentado por la orden de arresto de 5 de marzo de 2024.

En lo relativo al crimen de genocidio, y sin perjuicio de la potencial imputación de un presunto crimen de incitación pública y directa al genocidio a ciertas personalidades de la sociedad rusa y de la incontestable existencia de conductas por parte de las fuerzas rusas que resultan identificables con el *actus reus* del genocidio, la construcción jurídica del mismo se da de bru-

---

223 Dicha dificultad quedó evidenciada, en relación con la obligación de colaboración en el arresto por los Estados Partes de la CPI y como señala M. M. Martín Martínez, en “los vaivenes de Sudáfrica ante la posibilidad de que Putin visitara su país con ocasión de la XV cumbre de los BRICS que tuvo lugar a finales de agosto de 2023”. MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., “La Corte Penal Internacional frente al espejo: a 25° años de la adopción del Estatuto de Roma”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 6, núm. 6, 2023, <https://doi.org/10.24215/2618303Xe054>

ces contra una *mens rea* respecto de la cual no existe una opinión doctrinal y jurisprudencial unánime, por lo que la concurrencia de esta última dependerá, en ulterior instancia, de la tesis por la que opte el tribunal encargado de dirimir el caso concreto. Si bien la tesis “acumulativa” favorece la ampliación del espectro de aplicación del crimen de genocidio al no requerirse prueba de la existencia de política estatal alguna de la que resulte inferible la “intención de destruir”, la apuesta por la misma podría llegar a diluir en gran medida la distinción entre el crimen de genocidio y una sucesión igualmente “acumulativa” de crímenes de lesa humanidad.

Abordado el análisis de los distintos mecanismos de enjuiciamiento provistos por el DIP, lo cierto es que la primera línea contra la impunidad de los crímenes internacionales previamente referidos ha resultado distar enormemente de los estándares internacionales a causa de la deficiente tipificación de que gozan los mismos en los ordenamientos ucraniano y ruso. Caso especialmente paradójico el ucraniano, pues su actitud hace un más que flaco favor a la capacidad de su propio sistema nacional para contribuir a los esfuerzos de una justicia internacional que tan enérgicamente ha venido demandando.

La ausencia de cobertura legal de los crímenes de lesa humanidad en sendos ordenamientos jurídicos resulta, con alta probabilidad, atribuible al hecho de que los primeros no se encuentren tipificados bajo tal denominación en ningún otro instrumento internacional salvo en el art. 7 del ECPI. En este sentido, resulta inferible la urgencia en la pronta adopción de un instrumento jurídicamente vinculante y distinto del ECPI que tipifique dichos crímenes, al objeto de que los Estados convengan en obligarse internacionalmente a la penalización en sede interna de los mismos sin que ello implique su membresía –políticamente inadmisibles para algunos de ellos, como sería el caso ruso– en la CPI.

No obstante, y en tanto que dicha opción permanezca deshabilitada, la ratificación del ECPI por parte de Ucrania –habiéndolo firmado ya en el año 2000– debería constituir el primer paso lógico hacia la adecuada tipificación doméstica de los crímenes de lesa humanidad. Una actitud ciertamente enigmática por parte del Gobierno ucraniano que se aparta del precedente sentado por Costa de Marfil y Palestina, que inmediatamente después de remitir a la Corte sus respectivas declaraciones *ad hoc* de aceptación de la competencia procedieron a manifestar su consentimiento al ECPI.

El principio de jurisdicción universal se ha erigido como uno de los grandes estandartes en la lucha contra la impunidad en el escenario ruso-ucraniano. No obstante, el histórico desangre que ha experimentado tal principio desde su nacimiento debe invitarnos a reflexionar con cautela. Y es que a pesar de que la mayoría de Estados occidentales haya proclamado el inicio en su seno de investigaciones al amparo de la jurisdicción universal, estas se hallan, en su mayoría, encaminadas hacia una mera –si bien no por ello desdeñable– contribución en los esfuerzos investigativos internacionales. Una abrumadora cantidad de investigaciones que, no obstante, podría llegar a resultar contraproducente al incurrir en un considerable riesgo de solapamiento, exceso de documentación y, quizás, revictimización.

Ante esta tesitura, sin embargo, la realidad es que el abrumador consenso internacional de repulsa a la invasión rusa y sus efectos no ha logrado el surgimiento de una voluntad generalizada de reforma por parte de los Estados de aquellos escollos creados previamente por ellos

mismos en relación con el Derecho Internacional Penal. Cuestiones como la necesaria laxación o supresión de los vínculos requeridos en la jurisdicción universal deberían haber sido puestas sobre el tablero internacional tiempo atrás por parte de unos Estados que claman tan incesantemente por la dispensa de justicia.

En definitiva, y ante este desalentador escenario, tan solo los países con sistemas de jurisdicción universal absolutos, puros o incondicionales –evidentemente, la minoría– ostentarían una auténtica capacidad para contribuir a la apertura de procesos concretos. Países que, no obstante, parecen haber optado por el momento por no desplegar la verdadera potencialidad de sus sistemas y escudarse bajo meras investigaciones estructurales siguiendo el ejemplo de sus contrapartes con modelos restringidos.

Ya en el ámbito de la CPI, la investigación iniciada en su seno ha puesto bajo escrutinio los procesos iniciados en sede ucraniana y rusa en virtud del principio de complementariedad. Procesos e investigaciones de los que, sin embargo, resulta predicable una notoria unilateralidad que, sumada a la falta de independencia e imparcialidad destilada de la práctica totalidad de litigios rusos y de muchos de los procesos ucranianos, a la escasamente rigurosa tipificación doméstica de los crímenes internacionales en sendos ordenamientos, y a la incapacidad de los tribunales ucranianos de conocer de la totalidad de casos, podría precipitar la acción de la CPI incluso respecto de aquellos casos donde ya existiese valor de cosa juzgada. Una acción cuya decisión restará, en todo caso, en manos de la propia Corte y no de las jurisdicciones nacionales, pues no se debe desdeñar que será la misma quien se encargue de determinar el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad del art. 17 del ECPI<sup>224</sup>.

Condiciones respecto de las cuales la CPI no ha sostenido, como se ha demostrado previamente en relación con la indisposición e incapacidad para investigar y enjuiciar por parte de las jurisdicciones nacionales, una práctica uniforme a lo largo y ancho de su jurisprudencia. En este sentido, y existiendo dudas tangibles acerca de cuál será la tesis seguida por las Salas de la Corte en el caso ruso-ucraniano, la configuración de una aproximación y práctica homogéneas al respecto emerge como fundamental –sin ignorar, por supuesto, el ineludible grado de discrecionalidad judicial en el caso por caso–. Todo esto al objeto de brindar una más que necesaria seguridad jurídica y de evitar la extralimitación de la Corte en su competencia.

No obstante, y a pesar del denuedo demostrado por la Fiscalía en su tarea, lo cierto es que el futuro de la investigación no se augura demasiado favorable. Si bien el escenario ucraniano difiere aparentemente de sus predecesores en cuanto al grado de cooperación con la Corte en relación con el arresto de los sospechosos que se espera de la mayoría de Estados del globo en atención a la masiva condena del acto de agresión ruso, no se debe pasar por alto que no son 193, sino 123 los Estados Partes del ECPI que se hallan jurídicamente compelidos a ello. 123 de los que algunos, con alta probabilidad, tratarán de eludir sus obligaciones para con la Corte cuando los intereses políticos nacionales así lo exijan.

---

224 FUENTES TORRIJO, X., “El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional”, *Estudios Internacionales*, vol. 44, núm. 169, 2011, pp. 119-140, p. 122, <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2011.19414>

Existiendo, por tanto, serias dudas acerca de la efectividad de las órdenes de arresto ya emitidas y de aquellas que sean difundidas en un futuro no tan lejano, resulta desgraciadamente inferible la elevada probabilidad de que los procesos iniciados no logren desarrollarse más allá de la confirmación de los cargos, puesto que el art. 63 del ECPI demanda la inexorable presencia del acusado ante la Sala de Primera Instancia para la conducción del juicio.

En todo caso, y tal y como demuestran la horda sin precedentes de remisiones acerca de la situación en Ucrania ante la CPI y la activación de los mecanismos nacionales de jurisdicción universal, se puede afirmar que la comunidad internacional –bajo liderazgo occidental– se ha erigido como actor protagónico en la pugna contra la impunidad a que acudimos hoy día. Una justicia que no debe en ningún caso resultar unilateral, sino que debe quedar absolutamente desvinculada de la nacionalidad de los presuntos perpetradores para enfocarse, como apuntan los diversos informes del CDH, en el derecho de *todas* las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición. La justicia como cuarto elemento de la Justicia Transicional.

# LA UNIÓN EUROPEA COMO PROVEEDOR DE SEGURIDAD MARÍTIMA EN LA REGIÓN INDO-PACÍFICA: DE LAS AMENAZAS TRADICIONALES A LAS NO CONVENCIONALES

## *THE EUROPEAN UNION AS A MARITIME SECURITY PROVIDER IN THE INDO-PACIFIC: FROM TRADITIONAL TO NON-TRADITIONAL THREATS*

DAVID FERNÁNDEZ-ROJO\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD MARÍTIMA DE LA UE PARA EL INDO-PACÍFICO. III. LA ACCIÓN EXTERIOR MARÍTIMA DE LA UE EN EL INDO-PACÍFICO: LIMITACIONES DE LA OPERACIÓN ATALANTA Y POTENCIAL DEL NUEVO CONCEPTO DE PRESENCIAS MARÍTIMAS COORDINADAS. IV. LAS CRECIENTES AMENAZAS NO CONVENCIONALES DE SEGURIDAD MARÍTIMA COMO OPORTUNIDAD PARA REFORZAR LA PRESENCIA DE LA UE EN EL INDO-PACÍFICO. V. CONCLUSIÓN.

**RESUMEN:** A pesar de que la UE es considerada como un actor irrelevante respecto a desafíos de seguridad tradicionales que representan un riesgo para la defensa nacional de los países localizados en la región Indo-Pacífica, la UE está especialmente bien posicionada como socio estratégico en lo que a amenazas de seguridad marítima no convencionales se refiere. En concreto, la “Estrategia de Seguridad Marítima de la UE reforzada para hacer frente a unas amenazas marítimas cambiantes”, adoptada en marzo de 2023, establece que la acción marítima exterior de la UE se ha de centrar en abordar las crecientes amenazas no convencionales en los mares. Estas amenazas, que afectan predominantemente a los países costeros del Indo-Pacífico, exacerbaban las tensiones sociales, económicas y geopolíticas ya existentes en la región. Por tanto, este estudio analiza en qué medida la UE puede ser vista no solo como un importante actor comercial en el Indo-Pacífico, sino también como un socio clave a la hora de prestar asistencia operativa a los países de la región en el diseño de sus estrategias nacionales al ocuparse del creciente nexo entre desafíos no convencionales y seguridad marítima. El estudio concluye que la acción exterior de la UE en los mares del Indo-Pacífico ha de orientarse a profundizar su capacidad diplomática, a ejercer como mediador en los conflictos y a fortalecer sus asociaciones bilaterales con países socios y organizaciones regionales. Teniendo en cuenta el liderazgo mundial de la UE en la gobernanza sostenible de los océanos, la UE debería seguir reforzando la coordinación, la cooperación y la presencia naval en el Indo-Pacífico para hacer frente de forma eficaz a las amenazas marítimas no convencionales y, a su vez, lograr la estabilidad y la seguridad en una región de suma importancia en el futuro.

**ABSTRACT:** *Although the EU is not a major player in traditional security challenges that threaten national defense in the Indo-Pacific, it is a valuable strategic partner in addressing unconventional maritime security threats. The “Enhanced EU Maritime Security Strategy for Evolving Maritime Threats”, adopted in March 2023, specifies that the EU’s external maritime action should concentrate on addressing the increasing unconventional threats in the seas. These threats mainly affect the coastal countries in the Indo-Pacific and worsen the already existing*

---

Fecha de recepción del trabajo: 21 de enero de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 6 de marzo de 2024.

\* Profesor Contratado Doctor, Universidad de Deusto, [davidfrojo@deusto.es](mailto:davidfrojo@deusto.es). Estudio realizado en el marco del proyecto Jean Monnet Network “European Union-Asia Pacific Dialogue: Promoting European Integration and Mutual Knowledge Across Continents”, financiado por la Comisión Europea, Programa Erasmus+, 610740-EPP-1-2019-1-ES-EPPJMO-NETWORK.

*social, economic, and geopolitical tensions in the region. This article examines the extent to which the EU can be considered a significant trading actor in the Indo-Pacific and a key partner in assisting countries in designing national strategies to address the growing nexus between unconventional threats and maritime security. The article concludes that the EU should focus on utilizing its diplomatic role as a mediator and strengthening its bilateral associations with partner countries and regional organizations in the Indo-Pacific seas. Considering the EU's leadership in sustainable ocean governance, it is recommended that the EU strengthens coordination, cooperation, and naval presence in the Indo-Pacific to effectively address unconventional maritime threats and promote stability and security in a region of significant future importance.*

**PALABRAS CLAVE:** Unión Europea, seguridad marítima, Indo-Pacífico, Operación Atalanta, Presencias Marítimas Coordinadas, pesca INDNR, amenaza no convencional.

**KEYWORDS:** *European Union, maritime security, Indo-Pacific, Operation Atalanta, Coordinated Maritime Presences, IUU fishing, non-conventional threat.*

## I. INTRODUCCIÓN

Dado el creciente rol estratégico de China y la India en Asia, la invasión rusa de Ucrania en Europa, las consecuencias de la pandemia de la Covid-19, la crisis energética, la espiral inflacionista y la presión en la cadena de suministro de bienes, la Unión Europea (UE) está virando hacia un enfoque más pragmático en sus relaciones con la región Indo-Pacífica. Tal y como ha señalado Josep Borrell, Alto Representante de la UE para Asuntos Exteriores, el Indo-Pacífico es un área estratégica para la UE tanto por su importancia geopolítica y exponencial crecimiento demográfico, como por su relevancia económica ya que representa el 60% del Producto Interior Bruto mundial y dos tercios del crecimiento del planeta, es el segundo mayor destino para las exportaciones de la UE y alberga a cuatro de sus diez mayores socios comerciales<sup>1</sup>. Las dos regiones juntas suponen más del 70% de todo el comercio mundial de bienes y servicios, así como más del 60% de los flujos extranjeros de inversión directa<sup>2</sup>.

Sin embargo, el papel de la UE como proveedor de seguridad y defensa en el Indo-Pacífico es todavía marginal dadas sus limitadas competencias en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). La PESC sigue siendo un área de marcada cooperación intergubernamental y bajo el férreo control de los Estados miembros, entre los que existen significativas disparidades en cuanto a la conveniencia de una política de seguridad de la UE más sólida hacia el Indo-Pacífico. Entre los países de esta región, la UE es considerada como una potencia económica y comercial, sin peso en cuestiones geopolíticas y de defensa<sup>3</sup>. Aunque la UE no es vista por los países de la región Indo-Pacífica como un proveedor de seguridad ante desafíos tradicionales que supongan una amenaza a la defensa nacional, la UE estima que es capaz de jugar una destacada función ante desafíos no convencionales. La seguridad se ha

- 
- 1 BORRELL FONTELLES, J., "EU and the Asia-Pacific Region: Time to run together", 8.8.2022, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-and-asia-pacific-region-time-run-together\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-and-asia-pacific-region-time-run-together_en). Véase, BORRELL FONTELLES, J., "The EU's Strategy for the Indo-Pacific", *Instituto Complutense de Estudios Internacionales*, 2, 2021.
  - 2 Comisión Europea, "Estrategia de la UE para la cooperación en la región indopacífica", JOIN(2021) 24 final, 16.9.2021, p. 1.
  - 3 HWEE, Y. L., "The EU as a Security Actor in Southeast Asia", *Panorama: insights into Asian and European Affairs*, 2, 2010, pp. 9-23.



convertido recientemente en un concepto más amplio que abarca amenazas que trascienden las fronteras nacionales, son impredecibles e inesperadas, presentan elementos y ramificaciones de seguridad, tanto internas como externas, y son frecuentemente entrelazados con desafíos de seguridad tradicionales<sup>4</sup>.

Ya desde los años 90, las amenazas no convencionales como la migración irregular, las enfermedades infecciosas, la pobreza, el cambio climático, el desarrollo sostenible o la conectividad marítima han ido ganando terreno en el Indo-Pacífico y existe una creciente necesidad de asistencia operativa en su lucha<sup>5</sup>. En estos ámbitos, la UE está mejor posicionada para desempeñar un cometido más relevante mediante su influencia económica y capacidad diplomática, así como para mediar en las tensiones entre las principales potencias en la región Indo-Pacífica. Una aproximación de la UE centrada en gestionar y hacer frente desafíos no convencionales encaja perfectamente con los principios que han de basar la acción exterior de la Unión. Conforme el art. 21 del Tratado de la UE (TUE), la UE ha de “mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional (...)”, “apoyar el desarrollo sostenible (...)”, “fomentar la integración de todos los países en la economía mundial, entre otras cosas mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional”, así como “promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza global”.

La creciente interacción, y consiguiente interdependencia, entre la UE y el Indo-Pacífico exige una mayor cooperación en materia de seguridad y defensa. En este sentido, es crucial para la UE salvaguardar la estabilidad en sus rutas marítimas pues más del 80% del comercio global tiene lugar por mar<sup>6</sup> y las principales vías comerciales de la UE, como el estrecho de Malaca, el mar de China Meridional y el estrecho de Bab-el-Mandeb, se localizan en el Indo-Pacífico<sup>7</sup>. Garantizar la seguridad y defensa marítima en la región Indo-Pacífica es una prioridad para la UE, no solo por su relevancia económica y comercial, sino porque en sus mares, dada la alta tensión geopolítica existente entre los países, es donde se concentran a día de hoy la mayor parte de las amenazas no convencionales<sup>8</sup>.

En consecuencia, dada la incuestionable relevancia marítima del Indo-Pacífico y la gran actualidad de la estrategia de seguridad y defensa de la UE hacia esta región, este estudio tiene como objetivo analizar en qué medida la acción exterior marítima de la UE en el Indo-Pacífico

---

4 CRAIG, S. L., “Chinese Perceptions of Traditional and Non-traditional Security Threats”, *Strategic Studies Institute*, US Army War College, 2007; JUNCOS, A., “Resilience as the new EU foreign policy paradigm: a pragmatist turn?”, *European Security*, 26(1), 2017, pp. 1-18.

5 CHEN, X. y GAO, X., “Bridging the Capability–Expectations Gap? An Analysis of the New Dynamics in the EU’s Security Strategy Towards Asia”, *Asia-Pacific Journal of EU Studies*, 18(3), 2020, pp. 9-36; MURRAY, P., “Managing security: Reimagining ASEAN’s regional role”, *Asian Studies Review*, 44(1), 2020, pp. 44-60.

6 Comisión Europea, “Una Estrategia de Seguridad Marítima de la UE reforzada para hacer frente a unas amenazas marítimas cambiantes”, JOIN(2023) 8 final, 10.3.2023, p. 1. Véase, KIRCHNER, E., “EU Security Alignments with the Asia-Pacific”, *Asian Affairs*, 53(3), 2022, pp. 542-560.

7 Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2022, sobre la Unión y los desafíos en materia de seguridad en la región del Indopacífico (2021/2232(INI)).

8 Maritime Information Cooperation and Awareness Center, “Maritime Security Annual Report 2022”, 2023.

hace frente de manera efectiva a amenazas no convencionales de seguridad y defensa. Estas amenazas afectan especialmente a la región Indo-Pacífica, exacerbando las tensiones sociales, económicas y geopolíticas ya existentes y exigen una visión más amplia de la defensa y la estabilidad marítima si se pretende alcanzar una seguridad en los mares eficaz. Habida cuenta del liderazgo mundial de la UE en la gobernanza sostenible de los océanos, la actuación de la UE en los mares de la región Indo-Pacífica se ha de centrar en fomentar el diálogo, la cooperación bilateral y el intercambio de buenas prácticas con sus socios, en actuar como mediador y facilitador en la aplicación de la normativa internacional y nacional, en promover el respeto de los derechos fundamentales y en reforzar sus alianzas con las organizaciones regionales. En definitiva, este estudio explora si ante el creciente nexo entre desafíos de seguridad no tradicionales y la estabilidad marítima, la UE puede pasar de ser considerada en la región Indo-Pacífica no solo como un importante actor comercial, sino también como un proveedor fiable de seguridad y defensa marítima.

Para alcanzar el anterior objetivo este estudio, en primer lugar, analiza las consecuencias de la tardía y discreta estrategia de seguridad marítima de la UE en la región Indo-Pacífica. Seguidamente, se exploran las limitaciones de la acción exterior de la UE en los mares del Indo-Pacífico y, en concreto, las dificultades de diseñar en la región una misión naval como la Operación Atalanta, en la que las Fuerzas Armadas españolas llevan participando activamente y de manera ininterrumpida desde su creación en 2008. A este respecto, se investigan las posibilidades que el nuevo y flexible concepto de las Presencias Marítimas Coordinadas (PMC) introducen para que la UE progresivamente gane presencia naval en la región. En tercer lugar, se analizan los acuerdos bilaterales y regionales adoptados por la UE con socios estratégicos en la región, así como el liderazgo del modelo de gobernanza sostenible de los océanos de la Unión ante el creciente nexo entre seguridad, defensa y amenazas no convencionales. Por último, especial atención se presta a examinar cómo combate la UE la pesca INDNR en el Indo-Pacífico por cuanto constituye un modelo paradigmático del papel de proveedor de defensa y seguridad marítima que la Unión ha demostrado ser capaz de desempeñar ante estas crecientes amenazas que afligen a sus socios en el Indo-Pacífico.

## **II. LA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD MARÍTIMA DE LA UE PARA EL INDO-PACÍFICO**

### **1. La tardía y discreta aproximación de la UE hacia el Indo-Pacífico**

La actuación de la UE en la región Indo-Pacífica abarca a todos los países desde Afganistán por el oeste, hasta Japón por el este, y desde China por el norte, hasta Nueva Zelanda por el sur<sup>9</sup>. La primera estrategia de la UE para Asia se adoptó en 1994 y, ya por aquel entonces, se subrayó que la UE debía contribuir a los diálogos de seguridad regional y a proteger las rutas marítimas<sup>10</sup>.

---

9 Comisión Europea, “Un marco estratégico para consolidar las asociaciones entre Europa y Asia”, COM(2001) 469 final, 4.9.2001.

10 Comisión de las Comunidades Europeas, “Hacia una nueva Estrategia para Asia”, COM(1994) 314 final, 13.7.1994, p. 2.

Aparte de los intereses comerciales de la UE en Asia, la estrategia adoptada en 1994 estableció tres áreas de actuación prioritarias: el control de armas y la no proliferación de armas nucleares, químicas, biológicas y misiles balísticos; la interrelación entre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo y; la mejora de la capacidad de los países afectados a luchar contra el narcotráfico. En 2001, la Comisión Europea publicó “un marco estratégico para consolidar las asociaciones entre Europa y Asia”<sup>11</sup>. La UE se fijó como objetivos contribuir a la paz y a la seguridad en Asia, combatir el crimen transnacional y, en especial, la lucha contra el narcotráfico, la trata de seres humanos, el tráfico de armas, el blanqueo de capitales, la explotación de los migrantes y la lucha contra la corrupción. Asimismo, se enfatizó la necesidad de garantizar unas vías de transporte marítimo seguras que permitieran el desarrollo del comercio y los intercambios energéticos entre Europa y Asia.

Posteriormente, en 2016, la Estrategia Global de la UE destacó la conexión directa entre la prosperidad europea y la seguridad y estabilidad de Asia. Con el fin de llevar a cabo mayores contribuciones prácticas a la seguridad marítima en Asia, la Estrategia Global señaló que la UE ha de centrarse en defender la libertad de navegación, el Derecho del mar y sus procedimientos de arbitraje, así como la resolución pacífica de las disputas marítimas. La Estrategia Global puso especial énfasis en que la UE desarrollase capacidades marítimas, apoyase una arquitectura de seguridad regional liderada por la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) y contribuyese a contrarrestar las actividades delictivas que tienen lugar en el mar como la trata de seres humanos o el tráfico ilícito de migrantes. Para ello, se dispuso que la UE y los Estados miembros, a través de las operaciones militares de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD), debían apoyar a los países socios en Asia en su lucha contra la delincuencia organizada en el mar e impulsar sus capacidades de seguridad marítima<sup>12</sup>.

En 2018, la UE adoptó dos nuevos documentos sobre Asia, “Conectar Europa y Asia – Elementos de una estrategia de la UE”<sup>13</sup> y “Conclusiones del Consejo sobre una mayor cooperación en materia de seguridad de la UE en y con Asia”<sup>14</sup>. El primero señala que el 70% del comercio tiene lugar por mar, por lo que la UE debe velar por la libertad de navegación y una gobernanza sostenible de los océanos y mares. Por otro lado, el Consejo en sus conclusiones acogió con beneplácito la implicación de las fuerzas navales asiáticas para ayudar a disuadir, prevenir y contrarrestar los actos de piratería y robo a mano armada frente a las costas de Somalia, así como la copresidencia de la UE de la Reunión sobre Seguridad Marítima del Foro Regional de la ASEAN (2018-2020) y la celebración de varias ediciones del Diálogo de Alto Nivel de la UE-ASEAN sobre Seguridad Marítima. Además, el Consejo consideró que la UE debía de focalizarse en ayudar a fortalecer la capacidad de la ASEAN y sus Estados miembros a la hora de abordar las amenazas a la seguridad marítima.

---

11 Comisión Europea, “Un marco estratégico para consolidar las asociaciones entre Europa y Asia”, COM(2001) 469 final, 4.9.2001.

12 Consejo de la UE, “Implementation Plan on Security and Defence”, 14392/16, 14.11.2016. Véase, Comisión Europea, “Implementing the EU Global Strategy Year 2”, junio 2018, [https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs\\_annual\\_report\\_year\\_2.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs_annual_report_year_2.pdf).

13 Comisión Europea, “Conectar Europa y Asia – Elementos de una estrategia de la UE”, JOIN(2018) 31 final, 19.9.2018.

14 Consejo de la UE, “Enhanced EU Security Cooperation in and with Asia”, 9265/1/18 REV 1, 28.5.2018.

El verdadero impulso por parte de la UE a propósito de los desafíos no tradicionales en el mar tuvo lugar en 2021 tras la adopción de la “Estrategia de la UE para la cooperación en la región Indopacífica”<sup>15</sup>. Se evolucionó de una estrategia centrada en “Asia-Pacífico” a una denominada “Indo-Pacífico”, ya que la política exterior de la UE se había quedado rezagada en comparación con la de algunos de sus principales socios en la región (Estados Unidos, Australia, Japón y la India), así como de algunos Estados miembros (Francia<sup>16</sup>, Alemania<sup>17</sup> y Países Bajos<sup>18</sup>) que venían priorizando sus estrategias hacia el Indo-Pacífico<sup>19</sup>. La aproximación exterior de España hacia el Indo-Pacífico quedó eclipsada tras la publicación de la Estrategia de la UE y la no renovación del planteamiento adoptado en 2018<sup>20</sup>. En la Estrategia de la UE para la cooperación en la región Indopacífica, se advirtió que el Océano Índico es el paso principal de Europa hacia y desde los mercados del Indo-Pacífico por lo que la estabilidad y la libertad de navegación en esta área son cruciales. Ante desafíos no convencionales de seguridad cada vez más similares en Europa y la región Indo-Pacífica, la UE dedica sus esfuerzos en apoyar a los países en paliar los efectos del cambio climático, la contaminación marina, la pérdida de biodiversidad y las actividades de pesca INDNR.

La Estrategia de la UE para la cooperación en la región Indopacífica plantea dos aproximaciones a la seguridad marítima: tradicional y no convencional. En lo que a la primera respecta, la Estrategia indica que la UE ha de expandir su presencia militar en el Indo-Pacífico mediante despliegues navales, la aplicación del concepto de PMC y el establecimiento de nuevas Áreas Marítimas de Interés en el Océano Índico. La UE ha de reforzar su colaboración en la arquitectura de seguridad y defensa de la ASEAN, desplegar asesores militares en las Delegaciones de la UE en la región, intensificar las actividades con socios en el marco del proyecto de mejora de la cooperación en materia de seguridad en y con Asia (ESIWA) y fomentar que sus socios del Indo-Pacífico contribuyan a las operaciones militares de la PCSD.

- 
- 15 Comisión Europea, “Estrategia de la UE para la cooperación en la región indopacífica”, JOIN(2021) 24 final, 16.9.2021.
- 16 France and Security in the Indo-Pacific, mayo 2019, [https://franceintheus.org/IMG/pdf/France\\_and\\_Security\\_in\\_the\\_Indo-Pacific\\_-\\_2019.pdf](https://franceintheus.org/IMG/pdf/France_and_Security_in_the_Indo-Pacific_-_2019.pdf)
- 17 Policy Guidelines for the Indo-Pacific, 2020, <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2380514/f9784f7e3b-3fa1bd7c5446d274a4169e/200901-indo-pazifik-leitlinien--1--data.pdf>.
- 18 Indo-Pacific: Guidelines for strengthening Dutch and EU cooperation with partners in Asia, 2020, <https://www.government.nl/documents/publications/2020/11/13/indo-pacific-guidelines>.
- 19 HEIDUK, F. y GUDRUN W., “From Asia-Pacific to Indo-Pacific: significance, implementation and challenges”, *SWP Research Paper*, 9, 2020, pp. 1-43; LÓPEZ-ARANGUREN, J. L., “The EU’s strategic projection in the Indo-Pacific”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 3, 2022, pp. 29-49; MEDCALF, R., “Reimagining Asia: From Asia-Pacific to Indo-Pacific”, en ROZMAN, G. y CHINYONG LIOW, J. (eds.), *International Relations and Asia’s Southern Tier: ASEAN, Australia, and India*, Springer, Singapur, 2018, pp. 9-28; SAEED, M., “From the Asia-Pacific to the Indo-Pacific: Expanding Sino-US strategic competition”, *China Quarterly of International Strategic Studies*, 3(4), 2017, pp. 499-512; WIRTH, C. y JENNE, N., “Filling the void: The Asia-Pacific problem of order and emerging Indo-Pacific regional multilateralism”, *Contemporary Security Policy*, 43(2), 2022, pp. 213-242.
- 20 Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, “Una visión estratégica para España en Asia 2018-2022”, 2018.

Por otro lado, en lo que a la aproximación a las amenazas no convencionales se refiere, la Estrategia de la UE pretende lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, abordar el cambio climático en los océanos, apoyar el desarrollo socioeconómico sostenible e inclusivo y restaurar los ecosistemas marítimos degradados. Las líneas de actuación marítima para hacer frente a estos desafíos en la región Indo-Pacífica comprenden: 1) fortalecer la gobernanza de los océanos en cumplimiento del derecho internacional, garantizar la gestión sostenible de los recursos oceánicos y salvaguardar su biodiversidad; 2) negociar el establecimiento de tres nuevas Áreas Marítimas Protegidas en el Océano Austral; 3) crear una red internacional de datos marinos y un sistema regional que mejore la gobernanza de los océanos; 4) apoyar la implementación de las Convenciones y Planes de Acción de Mares Regionales para prevenir la contaminación y promover la conservación marina; 5) continuar los diálogos de alto nivel sobre asuntos oceánicos con Australia, Indonesia, Japón, Nueva Zelanda y China y; 6) promover condiciones de vida y trabajo de los pescadores de acuerdo con las normas laborales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La Estrategia de la UE para la cooperación en la región Indopacífica también aborda una amenaza no tradicional a la seguridad en los mares como es la pesca INDNR. La UE, a través de sus diversos acuerdos de pesca sostenible en la región y el diálogo con los grupos de trabajo, debe continuar apoyando a los socios del Indo-Pacífico para lograr reformas en los sistemas de gestión y control de la pesca. La UE está interesada en promover la conservación y la gestión sostenible de los recursos biológicos marinos y continuar como miembro activo en las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera.

Por último, la “Brújula Estratégica para la Seguridad y la Defensa”, adoptada en 2022, establece el plan de acción de la UE hasta el año 2030<sup>21</sup>. La Brújula indica que el cambio climático y la degradación ambiental no solo constituyen amenazas a la seguridad, sino multiplicadores de riesgos. El cambio climático provoca fenómenos meteorológicos más frecuentes y extremos, así como desastres naturales que, a su vez, presentan el potencial de generar inestabilidad y conflicto social, económico y político. La degradación ambiental y la polución de los océanos impacta en las comunidades costeras, lo que acrecienta las desigualdades sociales existentes y las expone a nuevos riesgos. Por ello, la Brújula Estratégica evalúa los efectos del cambio climático en la seguridad mundial y regional, así como el impacto medioambiental de las operaciones militares de la PCSD. En concreto, el informe anual adoptado en marzo de 2023, que analiza el progreso en la aplicación de la Brújula Estratégica, expone que el futuro de la UE, como proveedor de defensa y seguridad marítima, pasa por asegurar las rutas marítimas de comunicación, mejorar la preparación ante desafíos híbridos y cibernéticos en el mar, promover el desarrollo tecnológico de las operaciones navales y, abordar el impacto del cambio climático y la contaminación en la seguridad marítima<sup>22</sup>.

---

21 Consejo de la UE, “Una Brújula Estratégica para la Seguridad y la Defensa – Por una Unión Europea que proteja a sus ciudadanos, defienda sus valores e intereses y contribuya a la paz y la seguridad internacionales”, 7371/22, 21.3.2022.

22 Servicio Europeo de Acción Exterior, “Annual Progress Report on the Implementation of the Strategic Compass for Security and Defence”, 20.3.2023, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/2023-annual-progress-report-implementation-strategic-compass-security-and-defence\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/2023-annual-progress-report-implementation-strategic-compass-security-and-defence_en).

## 2. La Estrategia de Seguridad Marítima de la UE y sus implicaciones para la región Indo-Pacífica

La primera Estrategia de Seguridad Marítima de la UE y su plan de acción entraron en vigor en 2014. En marzo de 2023, se actualizó la Estrategia con el fin de hacer frente a las cambiantes amenazas marítimas. En la Estrategia adoptada en 2014, la seguridad marítima se entendió como el cumplimiento del derecho internacional y del derecho nacional, la libertad de navegación y la protección de los ciudadanos, la infraestructura, el transporte, el medio ambiente y los recursos marinos. Se puso especial atención en la salvaguardia de los recursos energéticos marítimos, la explotación sostenible de los recursos naturales en las diferentes zonas marítimas, el control de la pesca INDNR, la seguridad de las flotas pesqueras nacionales y la delimitación de las zonas marítimas. En esta primera Estrategia de Seguridad Marítima la línea de actuación de la UE pivotó, por tanto, alrededor de los desafíos de seguridad y defensa clásicos: la libre navegación en las rutas marítimas y estrechos, la lucha contra la piratería, el contrabando de mercancías o los ataques a buques mercantes. Ahora bien, se hizo una somera conexión de la seguridad marítima con amenazas no convencionales al señalarse que, si se querían evitar futuros riesgos de seguridad, la actuación de la UE no podía dejar de lado la protección del medio ambiente, la gestión del impacto del cambio climático en los espacios marítimos y la conservación de la biodiversidad. A este respecto, se mencionó que la explotación indiscriminada de recursos marinos, la pesca INDNR, la contaminación medioambiental, los desastres naturales y el cambio climático suponen una amenaza a la seguridad en el sistema de transporte marítimo y su infraestructura. Por tanto, el enfoque de la Estrategia de Seguridad adoptada en 2014 no eran los desafíos no tradicionales de seguridad en el mar, sino indirectamente el impacto de estos para los intereses comerciales de la UE<sup>23</sup>.

Por el contrario, en 2018 cuando se revisó la Estrategia de Seguridad Marítima de la UE se explicitó la necesidad de explorar la directa conexión entre la sostenibilidad, la defensa y la seguridad marítima, ya que la creciente contaminación y polución marina afectan a las rutas comerciales en el Indo-Pacífico. Con este objetivo en mente, la revisión de la Estrategia de Seguridad Marítima propuso potenciar las capacidades exteriores de la UE en la gobernanza marítima para frenar la impunidad en el mar, fortalecer la seguridad portuaria y el transporte marítimo, contrarrestar la pesca INDNR, promover la lucha contra la explotación ilegal de los recursos naturales y las actividades ilícitas en alta mar, así como combatir la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes<sup>24</sup>.

La nueva Estrategia de Seguridad Marítima, adoptada en 2023, apunta que el cambio climático y la contaminación marina tendrán un impacto adverso sustancial y duradero en la defensa y seguridad marítima, incrementarán la inestabilidad y la desigualdad y exacerbarán amenazas clásicas como la delincuencia transnacional, la piratería y la lucha por los recursos marinos<sup>25</sup>.

---

23 Consejo de la UE, “European Union Maritime Security Strategy”, 11205/14, 24.6.2014.

24 Consejo de la UE, “Council conclusions on the revision of the European Union Maritime Security Strategy (EUMSS) Action Plan (26 June 2018)”, 10494/18, 26.6.2018.

25 Comisión Europea, “Una Estrategia de Seguridad Marítima de la UE reforzada para hacer frente a unas amenazas marítimas cambiantes”, JOIN(2023) 8 final, 10.3.2023.

Por ende, la prioridad defensiva actual de la UE en los mares de la región Indo-Pacífica debe consistir en atender todo tipo de actividades ilegales que generen inestabilidad en sus rutas comerciales tales como la piratería, el tráfico ilícito de migrantes, la trata de seres humanos, el tráfico de armas y estupefacientes, la pesca INDNR o cualquier otro tipo de ataque híbrido. En este sentido y tras el sabotaje del *Nord Stream* en 2022, la nueva Estrategia de Seguridad Marítima se ocupa de la protección militar a la infraestructura crítica situada bajo el mar, como gasoductos o cables submarinos. Se han de perfeccionar las evaluaciones de riesgo de la infraestructura crítica submarina, establecer respuestas de protección submarina ante potenciales ataques y desarrollar medidas que mitiguen los efectos de este tipo de ataques.

La Estrategia de Seguridad Marítima adoptada en 2023 también prioriza dos amenazas de seguridad no convencionales: la pesca INDNR y la gestión migratoria. En lo que a la pesca INDNR respecta, la UE continuará desarrollando operaciones conjuntas y de control de pesquerías con los Estados miembros. Se trata de mejorar el intercambio de información, promover la cooperación interinstitucional con el fin de vigilar y apoyar a las autoridades de terceros países en el respeto de la legislación aplicable, así como apoyar a las fuerzas navales para garantizar la seguridad de los buques pesqueros y los trabajadores. Por otro lado, la Estrategia atiende otras actividades delictivas transfronterizas marítimas como el tráfico ilícito de migrantes y la trata de seres humanos. Se insiste en la necesidad de desarrollar una aproximación coherente que haga frente a la instrumentalización de la migración por mar y detecte, detenga y enjuicie a las redes criminales. Se promueve una cooperación bilateral y regional con los terceros países afectados con la intención de identificar regiones marítimas y puertos a ser vigilados, así como embarcaciones y aeronaves a rastrear.

### **III. LA ACCIÓN EXTERIOR MARÍTIMA DE LA UE EN EL INDO-PACÍFICO: LIMITACIONES DE LA OPERACIÓN ATALANTA Y POTENCIAL DEL NUEVO CONCEPTO DE PRESENCIAS MARÍTIMAS COORDINADAS**

#### **1. La Operación Atalanta y las dificultades de desarrollar una misión naval en el Indo-Pacífico**

La Estrategia de Seguridad Marítima de la UE, adoptada en 2023, señala que la Operación Atalanta asume en el Océano Índico un cometido decisivo contra la piratería en el Cuerno de África y en el golfo de Adén. La Operación Atalanta, por su duración y relevancia, ha devenido en una referencia para los países de la región Indo-Pacífica en lo que a fuerza naval y defensa marítima respecta<sup>26</sup> Esta operación militar de la UE inició sus actividades en diciembre

---

26 Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2022, sobre la Unión y los desafíos en materia de seguridad en la región del Indopacífico (2021/2232(INI)), 7.6.2022; PAPASTAVRIDIS, E., “EUNAVFOR Operation Atalanta off Somalia: The EU in Unchartered Legal Waters?”, *International & Comparative Law Quarterly*, 64(3), 2015, 533-568; PRADA PARDAL, J. C., “El futuro de la operación Atalanta como proveedor de seguridad marítima en el océano Índico noroccidental”, *Boletín IEEE*, 30, 2023, 1224-1261; PUGLIESE, G., “The European Union’s Security Intervention in the Indo-Pacific: Between Multilateralism and Mercantile Interests”, *Journal of Intervention and Statebuilding*, 17(1), 2023, 76-98.

de 2008<sup>27</sup>, al amparo de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1814<sup>28</sup>, 1816<sup>29</sup> y 1838<sup>30</sup>, con dos objetivos: proteger las embarcaciones del Programa Mundial de Alimentos que entregan ayuda alimentaria a las personas desplazadas en Somalia y; disuadir, prevenir y reprimir actos de piratería y robo a mano armada frente a las costas de Somalia y proteger a las embarcaciones que navegan frente a estas. El mandato de la Operación Atalanta se ha extendido hasta diciembre de 2024<sup>31</sup>, al igual que el de las dos misiones civiles hermanas con las que esta colabora, la misión de desarrollo de capacidades civiles EUCAP Somalia y la misión de formación militar EUTM Somalia<sup>32</sup>. La Operación Atalanta desarrolla sus actividades en las aguas del golfo de Suez, el golfo de Aqaba, el mar Rojo, la cuenca somalí y el golfo de Adén por ser lugares estratégicos para el comercio marítimo internacional de la UE. Desde la extensión del mandato de la Operación Atalanta en 2022, su objetivo no se circunscribe exclusivamente a proteger embarcaciones del Programa Mundial de Alimentos y combatir la piratería y el robo a mano armada, sino que también sirve de enlace con la presencia militar internacional en su área de operaciones, combate la pesca INDNR y controla y previene el tráfico de estupefacientes, de carbón vegetal y armas<sup>33</sup>.

Tras la entrada en vigor del *Brexit* en marzo de 2019, el Cuartel General Operacional de la misión naval Atalanta se trasladó de Northwood a Rota, España<sup>34</sup>, y su mando lo ejerce el vicealmirante español José María Núñez Torrente. El mando del Cuartel General desplegado en la zona de operaciones también es asumido por España, pero de forma rotatoria, junto con Portugal e Italia. Además, en Brest (Francia) se localiza el Centro de Seguridad Marítima – Cuerno de África (MSCHOA) cuya misión consiste en servir de enlace con la presencia militar internacional en la zona y registrar de forma voluntaria las embarcaciones que transitan por su área de operaciones y protegerlas de manera más efectiva<sup>35</sup>. El compromiso de España y de sus Fuerzas Armadas con la Operación Atalanta es destacable tanto por su presencia

- 
- 27 Acción Común 2008/851/PESC del Consejo de 10 de noviembre de 2008 relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, DO L 301, 12.11.2008.
- 28 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1814 (2008), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5893ª sesión, celebrada el 15 de mayo de 2008.
- 29 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1816 (2008), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5902ª sesión, celebrada el 2 de junio de 2008.
- 30 Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1838 (2008), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5987ª sesión, celebrada el 7 de octubre de 2008.
- 31 Decisión (PESC) 2022/2441 del Consejo de 12 de diciembre de 2022 por la que se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, OJ L 319, 13.12.2022.
- 32 Consejo de la UE, “Operación Atalanta, EUTM Somalia y EUCAP Somalia: mandatos prorrogados por dos años”, 12.12.2022.
- 33 Comisión Europea, “Report on the implementation of the revised EU Maritime Security Strategy Action Plan”, SWD(2020) 252 final, 23.10.2020.
- 34 Decisión (PESC) 2018/1083 del Consejo, de 30 de julio de 2018, DO L 194, 31.7.2018. RUIZ, R., “Rota, cuartel general de la UE”, *Revista Española de Defensa*, julio/agosto, 2018, pp. 46-49; SÁNCHEZ MORENO, V., “El cerebro de la operación Atalanta”, *Revista Española de Defensa*, septiembre, 2022, pp. 30-35.
- 35 Operación ATALANTA, “Maritime Security Centre – Horn of Africa (MSCHOA)”, <https://eunavfor.eu/mschoa>.



ininterrumpida en el área de operaciones desde el inicio de la misión, como por el número de activos desplegados. España contribuye con aproximadamente 350 militares, alternativamente una fragata o un buque de guerra, un helicóptero embarcado, un vehículo aéreo no tripulado, un equipo de Operaciones Especiales embarcado y un avión de reconocimiento y vigilancia marítima con base en Yibuti<sup>36</sup>.

Las operaciones militares de la PCSD de la UE están especialmente bien posicionadas para abordar de manera rápida y eficaz las amenazas de seguridad marítima. Ante una región como la Indo-Pacífica en cuyos mares persisten la inestabilidad, estas operaciones permiten hacer frente a los desafíos de defensa y seguridad marítimos actuales, emergentes y futuros. Los arts. 42 y 43 TUE constituyen una base jurídica lo suficientemente flexible para diseñar operaciones militares de la UE que respondan tanto a desafíos clásicos de seguridad en el mar, como a nuevos retos de seguridad. El art. 43.1 TUE indica que las misiones abarcan “las actuaciones conjuntas en materia de desarme, las misiones humanitarias y de rescate, las misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, las misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz, las misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos”. Por su parte, el art. 42.1 TUE revela que la UE puede recurrir a las operaciones militares siempre que tenga como objetivo “garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional (...)”.

La Operación Atalanta se perfila como una decisiva misión naval de la UE para dar a conocer su potencial como proveedor de defensa y seguridad marítima a países del Indo-Pacífico. Japón<sup>37</sup>, la República de Corea<sup>38</sup>, la India<sup>39</sup> o Indonesia<sup>40</sup> han participado en ejercicios conjuntos navales organizados por la Operación Atalanta. Recientemente, la India ha fijado como uno de sus objetivos profundizar la cooperación de su armada con la Operación Atalanta<sup>41</sup>. La participación de terceros países de la región Indo-Pacífica en la PCSD de la UE se puede restringir a realizar ejercicios y formaciones militares conjuntos o a participar en foros sobre seguridad y defensa, empero la colaboración también puede comprender la ratificación de acuerdos marco de participación. A través de este tipo de acuerdos se diseña un marco legal y político que

---

36 Ministerio de Defensa, European Naval Force Operation ATALANTA, <https://emad.defensa.gob.es/operaciones/operaciones-en-el-exterior/42-ATALANTA/>.

37 Operación Atalanta, “EU NAVFOR Somalia conducts joint naval exercises with Japanese frigate JPS Yugiri and the maritime security centre of the sultanate of Oman”, 18.10.2021, <https://eunavfor.eu/news/eu-navfor-somalia-conducts-joint-naval-exercises-japanese-frigate-jps-yugiri-and-maritime>.

38 Operación Atalanta, “EU naval force operation Atalanta flagship frigate ESPS Victoria holds joint naval exercise with Korean destroyer Chungmugong Yi Sun-Sin and the Omani maritime security centre in the gulf of Aden”, 19.10.2021, <https://eunavfor.eu/news/eu-naval-force-operation-atalanta-flagship-frigate-esps-victoria-holds-joint-naval-exercise>.

39 Servicio Europeo de Acción Exterior, “EU-India Joint Naval Exercise”, 21.6.2021, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-india-joint-naval-exercise-0\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-india-joint-naval-exercise-0_en).

40 Servicio Europeo de Acción Exterior, “EU-Indonesia – Joint press release on First Joint Naval Exercise”, 18.8.2022, [https://www.eeas.europa.eu/eu-indonesia-naval-exercise\\_en?s=184](https://www.eeas.europa.eu/eu-indonesia-naval-exercise_en?s=184).

41 Servicio Europeo de Acción Exterior, “EU-India Strategic Partnership: A Roadmap to 2025”, 15.7.2020, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-india-strategic-partnership-roadmap-2025\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-india-strategic-partnership-roadmap-2025_en).

facilita la contribución militar de terceros países en las misiones comunitarias, reservándose la UE la planificación y mando de las operaciones. Haber concluido un acuerdo marco de participación entre la UE y un tercer país no es necesario para que este participe en una misión militar, pues siempre cabe la posibilidad de firmar un acuerdo *ad hoc*.

En la región Indo-Pacífica tan solo Nueva Zelanda<sup>42</sup>, la República de Corea<sup>43</sup>, Australia<sup>44</sup> y Vietnam<sup>45</sup> han firmado un acuerdo marco para su participación en las operaciones militares de la UE. En atención a sus valores compartidos, su papel geoestratégico y su relevancia como proveedor de seguridad marítima, la ausencia hasta la fecha de un acuerdo marco de cooperación entre la UE y Japón es, cuando menos, llamativa<sup>46</sup>. Los acuerdos marco tienen como objetivo promover el mantenimiento de la seguridad internacional, fortalecer la cooperación operativa mutua, definir una serie de condiciones relativas a la participación en las futuras operaciones militares de la UE y fijar su contribución a los costes comunes. Como regla general, el tercer país es responsable de responder, conforme a su normativa interna, por las acciones u omisiones del personal que despliegue en la misión militar de la UE, así como de garantizar el intercambio seguro de información clasificada. Aunque el personal militar del país que participe en la operación de la UE estará representado por una alta autoridad militar y quedará a su mando, siempre estará obligado a respetar el plan operativo y cualquier disposición de ejecución aplicable que se haya adoptado por la UE. En particular, el comandante de la operación ejercerá el control operativo y táctico de todo el personal desplegado.

De los cuatro países que han firmado un acuerdo marco con la UE, la República de Corea y Vietnam son los que más estrechamente han participado en la Operación Atalanta. Desde la celebración del Acuerdo de Libre Comercio<sup>47</sup> y la firma del Acuerdo de protección de las inversiones<sup>48</sup>, la República Socialista de Vietnam está interesada en participar en la Operación Atalanta para así contribuir a la seguridad de las rutas comerciales en el Océano Índico y ganar presencia naval en esta área estratégica<sup>49</sup>. La participación de la República de Corea en la Operación Atalanta es más notable que la de Vietnam porque la armada coreana ya venía

42 Acuerdo entre la Unión Europea y Nueva Zelanda por el que se crea un marco para la participación de Nueva Zelanda en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea, DO L 160, 21.6.2012.

43 Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Corea por el que se crea un marco para la participación de la República de Corea en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea, DO L 166, 5.6.2014.

44 Acuerdo entre la Unión Europea y Australia por el que se crea un marco para la participación de Australia en las operaciones de la Unión Europea de gestión de crisis, DO L 149, 16.6.2015.

45 Acuerdo entre la Unión Europea y el gobierno de la República Socialista de Vietnam por el que se crea un marco para la participación de Vietnam en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea, DO L 276, 29.10.2019.

46 BENAGLIA, S y MACCHIARINI CROSSON, D., “A pillar of stability in an unstable world: Strengthening EU-Japan security cooperation in the Indo-Pacific”, *CEPS Policy Brief*, abril 2022. Véase, KIRCHNER, E. y DORUSSEN, H., “New horizons in EU-Japan security cooperation”, *Asia Europe Journal*, 19(1), 2021, 27-41.

47 Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y la República Socialista de Vietnam, DO L 186, 12.6.2020.

48 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 L 175, 28.6.2019.

49 JEVSEJEVAS, T., “Vietnam’s increasing Naval Diplomacy and future Possibilities”, *The Maritime Issues*, mayo 2020.

realizando ejercicios militares en el área de operaciones de la Operación Atalanta y, en 2017, el buque coreano *Choi Young* se unió formalmente a la misión naval con el fin de promover los intereses económicos y de seguridad mutuos en las costas de Somalia<sup>50</sup>. Tanto Vietnam como la República de Corea al participar en la Operación Atalanta, fortalecen su capacidad naval y la formación de su personal militar en lo que a la gestión de crisis en sus propios países se refiere, y ganan presencia y coordinación con la UE y sus Estados miembros.

En definitiva, las misiones navales de la PCSD representan el mayor exponente en manos de la UE como proveedor de defensa y seguridad marítima. Este tipo de operaciones militares aportan visibilidad a la acción exterior de la UE, son oportunas en términos de dotación de capacidades y extensión de ámbitos de cooperación, así como de cara a profundizar la coordinación en intereses geopolíticos y de aportar legitimidad social a la intervención en conflictos regionales. Una presencia marítima permanente de la UE en el Indo-Pacífico, que incluyese expertos y negociadores regionales, contribuiría a garantizar que la soberanía marítima de cada nación estuviera protegida de acuerdo con el derecho internacional del mar, con los derechos humanos y con los acuerdos alcanzados en las organizaciones regionales. Sin embargo, la presencia naval de la UE en la región Indo-Pacífica se ha circunscrito a una muy delimitada área del Océano Índico. La UE, en un ámbito competencial de marcado carácter intergubernamental como son las operaciones PCSD, no logra concitar el apoyo de los Estados miembros en desarrollar nuevas misiones navales en el Indo-Pacífico ante los desencuentros acerca de la estrategia a seguir respecto a China, las discrepantes prioridades políticas respecto a una región muy tensionada geopolíticamente, la escasez y falta de disponibilidad de medios militares de los Estados miembros y la necesidad de unanimidad en la toma de decisiones<sup>51</sup>.

Pese a las posibilidades que ofrecen las operaciones de la PCSD, los avances en la construcción de una política más integrada de defensa se subordinan al crucial peso que ejercen los Estados miembros tanto a nivel decisorio, como a nivel operativo. El art. 42 TUE determina que la decisión de iniciar una misión relativa a la política de seguridad y defensa ha de adoptarse por unanimidad entre los Estados miembros, no puede afectar a las obligaciones de seguridad y defensa de estos, especialmente las derivadas del Tratado del Atlántico Norte, y que las capacidades militares no son autónomas, sino que dependen y son puestas a disposición de la Unión por parte de los Estados miembros. Estas limitaciones legales y operativas y las divergentes, cuando no opuestas, aproximaciones geoestratégicas entre los propios Estados miembros y la UE, explican por qué no existe una misión como la Operación Atalanta desplegada en la región Indo-Pacífica y por qué la UE se está decantando por el nuevo concepto de las PMC.

---

50 JUN, H. W., “EU-Korea in crisis management”, en CASARINI, N., et. al., *The Routledge Handbook of Europe-Korea Relations*, Routledge, 2021, pp. 408-422.

51 KIRCHNER, E., “EU Security Alignments with the Asia-Pacific”, *Asian Affairs*, 53(3), 2022, pp. 542-560; MERRETT, R., “The CSDP and Asia”, en CHAPPELL, L., MAWDSLEY, J. y PETROV, P. (eds.), *The EU, Strategy and Security Policy*, Routledge, 2016, pp. 68-84; PACHECO PARDO, R. y LEVERINGHAUS, N., “Security and defence in the Indo-Pacific: What is at stake for the EU and its strategy?”, In-Depth Analysis European Parliament, diciembre 2021; SIMÓN, L. y TOMOHIKO, S., “Rules-based connectivity, maritime security and EU-Japan cooperation in the Indian Ocean”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, 70, 2020.

## 2. El nuevo concepto de las Presencias Marítimas Coordinadas y su expansión al Indo-Pacífico

Las PMC constituyen una nueva herramienta estratégica y flexible de la PCSD con el fin de abordar desafíos marítimos en áreas específicas de interés para la UE. Precisamente, la implementación de las PMC se inicia mediante la identificación y delimitación de Áreas Marítimas de Interés, seleccionadas en base a las prioridades comunitarias de seguridad y a los medios navales y aéreos de los Estados miembros presentes o desplegados voluntariamente en las mismas. Este enfoque colaborativo que fomenta el intercambio de información, inteligencia y análisis permite a la UE mantener una presencia marítima continua y ganar visibilidad en regiones estratégicas. Las PMC promueven, por tanto, la cooperación internacional y las asociaciones en materia de seguridad marítima, proporcionan oportunidades de diálogo y compromiso con socios regionales y facilitan el entendimiento mutuo y la cooperación frente a desafíos marítimos compartidos.

Si se comparan con las operaciones militares sujetas al encorsetado e intergubernamental régimen del art. 42 TUE, las nuevas PMC son una herramienta de la PCSD más flexible para acceder al Indo-Pacífico. La región marítima Indo-Pacífica es un área geográfica supeditada a las tensiones e intereses geopolíticos entre Estados Unidos y China, en la que es muy complejo alcanzar la unanimidad necesaria entre los Estados miembros para desplegar una operación militar<sup>52</sup>. Sin embargo, el establecimiento de una PMC no precisa de unanimidad, simplemente el Consejo de la UE decide desplegar una PMC tras determinar un Área Marítima de Interés en el espacio marítimo del mundo que justifique. Las PMC son una herramienta de actuación marítima exterior basada en los activos navales y aéreos ya desplegados por los Estados miembros en el Área Marítima de Interés<sup>53</sup>. A diferencia de las operaciones militares, los activos permanecen siempre bajo el mando de los Estados miembros. Aunque las operaciones militares de la UE constituyen un instrumento más adecuado para hacer frente a desafíos clásicos de seguridad y defensa en el mar, al precisarse una intervención naval directa para combatir la piratería y garantizar la libre navegación de las embarcaciones, las PMC son una herramienta más eficaz en lo que a la lucha contra riesgos de seguridad no convencionales respecta<sup>54</sup>.

Tras el exitoso primer despliegue del concepto de PMC en el Golfo de Guinea, el Consejo de la UE está examinando la posibilidad de extender este concepto a otras áreas marítimas de interés<sup>55</sup>. En febrero de 2022, la UE inició una nueva PMC en el Océano Índico Noroccidental mediante el diseño de un Área Marítima de Interés que abarca desde el Estrecho de Ormuz, hasta el Trópico Sur, y desde el norte del mar Rojo, hasta el centro del Océano Índico. El afán radica en ampliar el limitado radio de acción de la Operación Atalanta, adentrarse más hacia

52 SU, C. H., “Europe as a Normative Power in the Indo-Pacific: The Practice of Principled Pragmatism amidst US-China Competition”, *Issues & Studies*, 58(4), 2022, p. 11.

53 GARCÍA ESTRADA, Á., “Presencia Marítima Coordinada”, *Documento Opinión Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 28, 2021, p. 7.

54 GARCÍA YÁNEZ, J. y GONZÁLEZ-CELA ECHEVARRÍA, R., “Presencias Marítimas Coordinadas, la diplomacia naval de la UE”, *Revista Española de Defensa*, septiembre 2022, pp. 50-54.

55 Consejo de la UE, “Council Conclusions extending and enhancing the implementation of the Coordinated Maritime Presences Concept in the Gulf of Guinea”, 6256/22, 21.2.2022.

el Océano Índico y robustecer la cooperación con organizaciones regionales, terceros países socios e iniciativas europeas ya presentes en la región como la Conciencia Marítima en el Estrecho de Ormuz (EMASoH)<sup>56</sup>. Esta nueva PMC hace hincapié en promover la cooperación con los socios estratégicos de la UE y con la Operación Atalanta, la realización conjunta de ejercicios marítimos y el intercambio de datos sobre seguridad marítima haciendo un mejor uso del Sistema de Vigilancia Marítima (MARSUR) y la Célula de Coordinación de Zonas Marítimas de Interés (MAICC). MARSUR es una red gestionada por la Agencia Europea de Defensa desde el año 2006 que, utilizando los sistemas de intercambio de información naval, facilita el diálogo entre los sistemas de información marítima existentes y el intercambio de información relativa a posiciones de barcos, rutas marítimas, datos identificativos de las embarcaciones, conversaciones de radio o transmisión de imágenes<sup>57</sup>. La MAICC, por su parte, compila información de posición recopilada por los buques de la armada de los Estados miembros mientras navegan por el Área Marítima de Interés y comparte dicha información con terceros países socios, el sector marítimo y los Estados miembros<sup>58</sup>.

El Consejo de la UE reiteró la trascendencia de integrar el concepto PMC con otros programas y plataformas de seguridad marítima desarrollados por la UE, como las “rutas marítimas vitales en el océano Índico” (CRIMARIO)<sup>59</sup>, y de que la UE logre obtener el estatus de miembro observador en la IORA<sup>60</sup>. IORA es una organización intergubernamental permanente creada en 1997, que comprende toda la región del Océano Índico y entre cuyos objetivos se encuentra promover la seguridad marítima, la gestión pesquera y la sostenibilidad de los recursos marinos en atención a los desafíos que plantea el actual cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la contaminación<sup>61</sup>. Si bien las actividades de la IORA se centran en organizar foros de discusión y financiar proyectos para impulsar las capacidades de sus miembros, su influencia política viene ganando recientemente peso tal y como demuestra que China, Japón, la República de Corea, Turquía, Egipto, Reino Unido, Estados Unidos y Rusia se hayan convertido en socios de diálogo (miembros observadores)<sup>62</sup>. Aunque Francia es estado miembro de pleno derecho y Alemania e Italia son socios de diálogo en IORA, la UE permanece ajena a la construcción de la organización. Si la UE pretende ser considerada un proveedor de seguridad marítima clave en la región Indo-Pacífica, ha de acceder a la IORA como socio de diálogo, asistir a sus reuniones y disfrutar de una relación consultiva con la misma.

---

56 *Ibid.*

57 Maritime Surveillance (MARSUR), [https://eda.europa.eu/what-we-do/all-activities/activities-search/maritime-surveillance-\(marsur\)](https://eda.europa.eu/what-we-do/all-activities/activities-search/maritime-surveillance-(marsur))

58 Servicio Europeo de Acción Exterior, “Maritime Diplomacy: How Coordinated Maritime Presences (CMP) serves EU interest Globally”, 22.7.2022, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/maritime-diplomacy-how-coordinated-maritime-presences-cmp-serves-eu-interest-globally\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/maritime-diplomacy-how-coordinated-maritime-presences-cmp-serves-eu-interest-globally_en).

59 Consejo de la UE, “Council conclusions on the implementation of the Coordinated Maritime Presences concept in the north-western Indian Ocean”, 6255/22, 21.2.2022.

60 Comisión Europea, “Una Estrategia de Seguridad Marítima de la UE reforzada para hacer frente a unas amenazas marítimas cambiantes”, JOIN (2023) 8 final, 10.3.2023.

61 Indian Ocean Rim Association, <https://www.iora.int/en>. IORA, “IORA’s Outlook on the Indo-Pacific”, 24.11.2022, <https://www.iora.int/media/24442/indo-pacific-outlook.pdf>.

62 Charter of the Indian Ocean Rim Association (IORA), [https://www.iora.int/media/8248/iora-charter-with-amended-annexures\\_after-com-2022.pdf](https://www.iora.int/media/8248/iora-charter-with-amended-annexures_after-com-2022.pdf)

Por su parte, CRIMARIO es una iniciativa de fomento de capacidades marítimas que inició sus actividades en 2015, está financiada por la UE con un total de 17,5 millones de euros y se gestiona por *Expertise France*, una agencia francesa de cooperación técnica internacional<sup>63</sup>. El proyecto tiene como propósitos mejorar el intercambio y el análisis de información, desarrollar capacitación y formación de personal, facilitar la gestión de crisis e incidentes en el mar, organizar ejercicios marítimos conjuntos y fortalecer la cooperación interinstitucional en materia de vigilancia marítima. Desde 2015 hasta 2019, CRIMARIO fijó su área de actuación en el Océano Índico Occidental y el Golfo de Adén. Entre las actividades de CRIMARIO, durante esta primera fase del proyecto, destacó el diseño de un portal web neutral y seguro para el intercambio de información y gestión de incidentes marítimos (IORIS). IORIS es una herramienta que mejora la conciencia del dominio marítimo, su seguridad y la protección del medio ambiente marino a través de la colaboración interinstitucional, la cooperación regional y la fusión de datos obtenidos de diversas fuentes. Desde 2020 y hasta 2025, el área de actuación de CRIMARIO se ha ampliado a la región del pacífico sur y al sudeste asiático y respalda a los centros de vigilancia marítima regionales y de terceros países, intercambia información y profundiza sus capacidades marítimas en el respeto de la normativa internacional del mar<sup>64</sup>. Lejos de desarrollar ejercicios militares y cooperación defensiva, CRIMARIO ofrece una aproximación no tradicional a desafíos de seguridad y defensa en el mar mediante el intercambio de información y la gestión eficiente de crisis, así como a través de fortalecer la cooperación interinstitucional.

En definitiva, el reciente despliegue de una nueva PMC en el Océano Índico Noroccidental, su coordinación con CRIMARIO y, en un futuro, con IORA favorece el papel de la UE como proveedor fiable de defensa, seguridad marítima y de estabilidad en un área geográfica decisiva por cuanto potencia su visibilidad y presencia marítima continua, su cooperación operativa con socios regionales y promueve el respeto del derecho internacional del mar y los derechos humanos. El concepto PMC procura a la UE una función de coordinación y de orientación estratégica, así como de proveedor flexible de seguridad marítima a los terceros países costeros en un área de exponencial importancia comercial y geoestratégica. Igualmente, la UE se asegura poder sortear dos obstáculos actualmente insalvables de las operaciones de la PCSD en un área marítima tan volátil y disputada: la exigencia de unanimidad y persuadir a los Estados miembros de la necesidad de aportar activos militares que queden bajo el exclusivo control de la UE<sup>65</sup>. Expandir aún más las PMC hacia la región Indo-Pacífica incrementaría las interacciones y la coordinación entre los Estados miembros, la UE y sus socios estratégicos en la región<sup>66</sup>.

63 CRIMARIO, <https://www.crimario.eu/>

64 Expertise France, “CRIMARIO II – Critical Maritime Routes in the Indian Ocean”, 5.5.2023, <https://www.expertisefrance.fr/en/fiche-projet?id=885902>.

65 Consejo de la UE, “Council Conclusions launching the pilot case of the Coordinated Maritime Presences concept in the Gulf of Guinea”, 5322/21, 19.1.2021. Véase, SOBRINO-HEREDIA, J. M., “The European Union as a Maritime Security Actor in the Gulf of Guinea: From Its Strategy and Action Plan to the New Concept of ‘Coordinated Maritime Presences’”, *Ocean Development & International Law*, 53(2-3), 2022, pp. 105-122.

66 NOVÁKY, N., “The Coordinated Maritime Presences concept and the EU’s naval ambitions in the Indo-Pacific”, *European View*, 21(1), 2022, pp. 56-65.

Ahora bien, el éxito de seguir expandiendo el concepto PMC hacia el Indo-Pacífico exige alcanzar un complejo equilibrio entre contar con presencia marítima en un área geoestratégica y comercial muy disputada, disponer del apoyo de los Estados miembros, asegurar la defensa y seguridad marítima de los terceros países socios en la región frente a crecientes amenazas no convencionales y sortear la oposición de los no socios. Aún si este equilibrio se lograra, la UE tendría que hacer frente a la aún muy escasa presencia naval de los Estados miembros en el Indo-Pacífico<sup>67</sup> y, una vez que más Estados miembros desplegaran sus activos, convencerles de la idoneidad de ampliar su actuación a intereses no exclusivamente nacionales sino también comunitarios.

Aún consciente de las dificultades asociadas a la expansión del concepto PMC, el 10 de marzo de 2023, la nueva Estrategia de Seguridad Marítima de la UE puso el foco en las PMC como la herramienta que impulsará la defensa y la seguridad marítima en áreas de interés estratégico para la UE. A tal efecto, la Estrategia indica que, sirviéndose de las PMC, la UE ha de intensificar la lucha contra las actividades ilegales en el mar y que, tras la exitosa aplicación de las PMC en el Golfo de Guinea y en el Océano Índico noroccidental, la UE no puede renunciar a considerar nuevas áreas marítimas de interés en las que implementar el concepto<sup>68</sup>. En este sentido, como apuntan Van Hooft, Girardi y Sweijs, las PMC pueden servir como modelo para establecer en el futuro una operación militar permanente y coordinada por la UE en el Indo-Pacífico. Con el objetivo de suplir la muy limitada presencia y capacidad naval actual de los Estados miembros en el Indo-Pacífico, las PMC pueden servir como herramienta piloto para probar el diseño de un modelo rotatorio de activos militares de los Estados miembros que asegure una contribución integral, continua y creíble de la UE a la seguridad marítima y a la defensa en la región<sup>69</sup>.

#### **IV. LAS CRECIENTES AMENAZAS NO CONVENCIONALES DE SEGURIDAD MARÍTIMA COMO OPORTUNIDAD PARA REFORZAR LA PRESENCIA DE LA UE EN EL INDO-PACÍFICO**

##### **1. Los acuerdos de la UE con socios estratégicos en el Indo-Pacífico**

Los Estados miembros cooperan bilateralmente con sus respectivos socios en el Indo-Pacífico<sup>70</sup> y, paralelamente, la UE también concluye asociaciones estratégicas y acuerdos marco con

---

67 La mayor presencia es la de Francia dados sus departamentos de ultramar de La Reunión, Mayotte, Nueva Caledonia, la Polinesia Francesa, Wallis y Futuna. Véanse, KARAMBELKAR, A., “An analysis of the French strategy in the Indo-Pacific”, *Maritime Affairs: Journal of the National Maritime Foundation of India*, 17(1), 2021, pp. 92-109; SCOTT, D., “France’s ‘Indo-Pacific’ Strategy: Regional Projection”, *Journal of Military and Strategic Studies*, 19(4), 2019.

68 Comisión Europea, “Una Estrategia de Seguridad Marítima de la UE reforzada para hacer frente a unas amenazas marítimas cambiantes”, JOIN(2023) 8 final, 10.3.2023.

69 VAN HOOFT, P., GIRARDI, B. y SWEIJS, T., “Guarding the Maritime Commons: What role for Europe in the Indo-Pacific”, *Hague Centre for Strategic Studies*, 2022.

70 Véanse, CASARINI, N., “Italy’s Pivot to the Indo-Pacific—Towards a Value-driven Foreign Policy?”, *IAI Commentaries*, 23-24, 2023; HALDAR, S., “Mapping Indo-French synergy in the Indian Ocean Region: towards a calibrated Indo-Pacific”, *Journal of the Indian Ocean Region*, 18(1), 2022, pp. 21-35; HEIDUK,

algunos países de esta región. Los avances bilaterales de la UE en el Indo-Pacífico han sido constantes pero muy marcados por la visión, prioridades y concreta dotación de capacidades y recursos por parte de los Estados miembros. La UE ha ido adoptando acuerdos marco de colaboración y cooperación en los que se establecen una serie de directrices que orientan los posteriores acuerdos formales que se ratifiquen entre la UE y el país que corresponda para cada materia y ámbito concreto. La UE ha firmado acuerdos marco en la región Indo-Pacífica con Japón<sup>71</sup>, la India<sup>72</sup>, la República de Corea<sup>73</sup>, Vietnam<sup>74</sup>, Tailandia<sup>75</sup>, Malasia<sup>76</sup>, Filipinas<sup>77</sup>, Australia<sup>78</sup> y Nueva Zelanda<sup>79</sup>.

Estos acuerdos marco de colaboración y cooperación son jurídicamente vinculantes y promueven aspectos de la política exterior de la UE con un marcado énfasis en profundizar la cooperación comercial y facilitar las negociaciones de futuros acuerdos de libre comercio. Se trata de afianzar el papel de la UE en la región Indo-Pacífica y allanar el camino para potenciar la cooperación entre las partes. Todos los acuerdos incorporan un comité mixto encargado de garantizar el correcto desarrollo de la relación bilateral entre la UE y el tercer país que corresponda, así como de resolver cuestiones interpretativas y potenciales incumplimientos. Al mismo tiempo, los acuerdos incluyen una disposición que permite su inaplicación en el supuesto de violación de un elemento esencial del mismo. No obstante, los preceptos de los acuerdos marco de colaboración y cooperación son vagos y de carácter programático por lo que, en la

---

F., “Europe’s Foray Into the Indo-Pacific: Comparing France and Germany”, *European Review of International Studies*, 9(1), 2022, pp. 52-82; ULATOWSKI, R., “Germany in the Indo-Pacific region: strengthening the liberal order and regional security”, *International Affairs*, 98(2), 2022, pp. 383-402; WACKER, G., “The Indo-Pacific concepts of France, Germany and the Netherlands in comparison: Implications and challenges for the EU”, *European University Institute*, 2020; WACKER, G., “Europe and the Indo-Pacific: Comparing France, Germany and the Netherlands”, *German Institute for International and Security Affairs*, Berlin, 5, marzo 2021.

- 71 Acuerdo de Asociación Estratégica entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Japón, por otra, DO L 216, 24.8.2018. Véanse, ATANASSOVA-CORNELIS, E. y HELLENDORFF, B., “The EU’s Strategic Partnerships with Japan and South Korea: A Comparative Analysis of the Drivers, Outcomes and Limitations”, en FERREIRA-PEREIRA, L. y SMITH, M. (eds.), *The European Union’s Strategic Partnerships: Global Diplomacy in a Contested World*, Palgrave, 2021, pp. 289-310.
- 72 Comisión Europea, “Cooperación estratégica entre la UE y la India”, COM(2004) 430 final, 16.6.2004. Servicio Europeo de Acción Exterior, “EU-India Strategic Partnership: A Roadmap to 2025”, 15.7.2020, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-india-strategic-partnership-roadmap-2025\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-india-strategic-partnership-roadmap-2025_en).
- 73 Acuerdo Marco entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, DO L 20, 23.1.2013.
- 74 Acuerdo Marco Global de Asociación y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra, DO L 329, 3.12.2016.
- 75 Acuerdo Marco Global de colaboración y cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Tailandia, por otra, DO L 330, 23.12.2022.
- 76 Acuerdo marco de colaboración y cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno de Malasia, por otra, DO L 273, 21.10.2022.
- 77 Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Filipinas, por otra, DO L 78, 21.3.2018.
- 78 Acuerdo Marco entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Australia, por otra, DO L 237, 15.9.2017.
- 79 Acuerdo de Asociación sobre Relaciones y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Nueva Zelanda, por otra, DO L 321, 29.11.2016.



práctica, si se produjese un incumplimiento por una de las partes, no se prevé la imposición de una concreta sanción y queda en sus manos alcanzar un acuerdo amistoso.

La base jurídica empleada para la ratificación de este tipo de acuerdos es el art. 218.6.a) Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), por el que el Consejo adopta la decisión de celebración del acuerdo previa aprobación por el Parlamento Europeo. Si bien este tipo de acuerdos persiguen más de un objetivo, la Comisión Europea entiende que su fin principal radica en establecer un marco institucional específico para organizar procedimientos de cooperación al desarrollo<sup>80</sup>. A tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), si una medida de la UE presenta un doble objetivo, pero uno de ellos es preponderante y el otro accesorio, la medida tendrá como base jurídica aquella que exige el objetivo principal<sup>81</sup>.

Los acuerdos marco de colaboración y cooperación ratificados entre la UE y algunos países del Indo-Pacífico también abordan y promueven la cooperación para hacer frente a amenazas no convencionales marítimas. Las partes acuerdan vincularse a sus respectivas obligaciones internacionales para responder al tráfico ilícito de armas, así como acrecentar su cooperación y coordinación en el control de sus importaciones y exportaciones por vía marítima. Igualmente, se pacta el intercambio de información y mejores prácticas en el desmantelamiento de las redes criminales transnacionales de narcotráfico en el mar. Igualmente, las partes se comprometen a colaborar a la hora de formular una política eficaz y preventiva contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de seres humanos. Suma atención se presta a desarrollar una cooperación que mitigue el cambio climático y, primordialmente, el aumento del nivel del mar, así como la aplicación de las obligaciones internacionales que promuevan la gestión sostenible de los recursos costeros y marinos y, prevengan la contaminación por plásticos y microplásticos. Las partes en los acuerdos se comprometen a la conservación, gestión y explotación sostenible de los recursos y ecosistemas marinos a partir del intercambio de información y la aplicación de medidas integrales y eficaces destinadas a combatir la pesca INDNR.

La UE no solo está reforzando su presencia en el Indo-Pacífico mediante la sucesiva ratificación de acuerdos marco bilaterales con terceros países sino también, a nivel regional, con un socio estratégico como es la ASEAN. En 1972, la UE y la ASEAN comenzaron a colaborar, en 1977, formalizaron sus relaciones a nivel ministerial y, en 2020, firmaron un acuerdo estratégico<sup>82</sup>. Conforme al plan de acción adoptado hasta 2027, la UE y la ASEAN colaborarán en la lucha contra amenazas no convencionales marítimas<sup>83</sup>. Por un lado, la UE apoyará a la

---

80 Comisión Europea, “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración en nombre de la Unión Europea del Acuerdo Marco de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno de Malasia, por otra”, COM(2022) 353 final, 1.8.2022 y Comisión Europea, “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo Marco Global de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Tailandia, por otra”, COM(2022) 426 final, 23.8.2022.

81 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de junio de 2014, EU:C:2014:1903, apdo. 34 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de septiembre de 2018, EU:C:2018:662, apdo. 46.

82 Servicio Europeo de Acción Exterior, “EU-ASEAN Strategic Partnership”, 1.12.2020, [https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-asean-strategic-partnership\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-asean-strategic-partnership_en).

83 ASEAN, “Plan of Action to Implement the ASEAN-EU Strategic Partnership (2023-2027)”, 4.8.2022, <https://asean.org/plan-of-action-to-implement-the-asean-eu-strategic-partnership-2023-2027/>.

ASEAN en el desarrollo de un sistema de gestión de fronteras integral que permita a los Estados miembros de la ASEAN combatir la delincuencia transnacional en sus mares. Por otro, el plan de acción entre la UE y la ASEAN hasta 2027 se ocupa de la conservación de los océanos, la lucha contra la contaminación marina y la explotación sostenible de sus recursos. Para ello, se fortalecerá la gestión sostenible de la pesca, el avance de la acuicultura, la adaptación al cambio climático y la persecución de la pesca INDNR. La relación de la UE con la ASEAN ha evolucionado de una inicial colaboración en aspectos de seguridad marítima clásicos, centrados en la libertad de navegación, la lucha contra la piratería marítima, los secuestros o el contrabando de armas, a proveer ahora de estabilidad a países afectados por nuevos desafíos de seguridad no convencionales en sus mares<sup>84</sup>.

La UE, mediante sus acuerdos con socios estratégicos en el Indo-Pacífico, estrecha su cooperación operativa en el mar e impulsa un entorno de defensa y seguridad marítima paralelo al de los Estados miembros. En los acuerdos se exploran oportunidades que propicien una cooperación marítima que vaya más allá de hacer frente a riesgos clásicos de navegabilidad y estabilidad en las rutas comerciales. Los esfuerzos actuales de la UE se focalizan en desempeñar un papel más activo como proveedor de defensa y seguridad marítima y, para ello, concluye acuerdos bilaterales y multilaterales que favorezcan el intercambio de buenas prácticas y la cooperación en una región cada vez más afectada por desafíos no tradicionales. La UE está orientando sus esfuerzos en lograr acceder a la región Indo-Pacífica mediante el valor añadido que considera que es capaz de aportar en la gestión de amenazas no convencionales como la protección de los ecosistemas marinos, la reducción de los desechos plásticos, la gestión sostenible de la pesca o el desmantelamiento de las redes criminales transnacionales que operan en el mar.

## **2. El modelo de gobernanza internacional de los océanos de la UE ante las crecientes amenazas de defensa y seguridad no convencionales en el Indo-Pacífico**

El aumento del nivel del mar, la contaminación marina y la sobreexplotación de los océanos afectan primordialmente a los países del Indo-Pacífico y agudizan las tensiones sociales, económicas, defensivas y geopolíticas en la región. La UE está especialmente bien posicionada, en su ambición por liderar mundialmente la lucha contra el cambio climático, para apoyar a sus socios, aplicar medidas de mitigación y asistir en gestionar los riesgos asociados al cambio climático. La UE trabaja por hacer frente a las implicaciones que el cambio climático conlleva para su política exterior de seguridad y defensa. Ya en 2016, la UE fue pionera en adoptar una Agenda Internacional de Gobernanza de los Océanos y comprometerse en promover océanos seguros, protegidos, limpios y gestionados de manera sostenible<sup>85</sup>. La Agenda identificó la lucha contra el cambio climático y la degradación ambiental entre las prioridades políticas de

---

84 TCHAKAROVA, V., "Maritime Security in the Indo-Pacific: Building an EU-India Partnership for ASEAN Engagement", 2023, <https://www.peaceful-competition.org/pub/ua4anl7p/release/1?readingCollection=6af90fa9>.

85 Comisión Europea, "Gobernanza internacional de los océanos: una agenda para el futuro de nuestros océanos", JOIN(2016) 049 final, 10.11.2016.

la UE, y estableció prioritario fortalecer el marco de gobernanza internacional de los océanos a nivel mundial, regional y bilateral, promover la sostenibilidad de los océanos para el año 2030 mediante la adopción de un enfoque coordinado y hacer de los océanos espacios seguros.

Asimismo, en 2019, la Comisión Europea adoptó el “Pacto Verde Europeo” en el que se insiste que las amenazas climáticas son multiplicadores de amenazas y fuentes de inestabilidad con trascendentales implicaciones para la seguridad marítima mundial<sup>86</sup>. El Consejo, en sus Conclusiones sobre Seguridad y Defensa en el contexto de la Estrategia Global de la UE de junio de 2019, admitió el impacto del cambio climático en las operaciones militares de la PCSD. La degradación ambiental incrementa los desastres naturales y agrava las tensiones en regiones en conflicto, lo que genera una mayor demanda de operaciones exteriores de la UE<sup>87</sup>. Se ha de integrar, por ende, los aspectos medioambientales en la planificación y ejecución de las actuales misiones de la PCSD<sup>88</sup>.

La “Brújula Estratégica para la Seguridad y la Defensa” también precisa una serie de acciones y resultados sobre amenazas a la seguridad y a la defensa entre las que se incluyen el cambio climático<sup>89</sup>. Se insiste en la Brújula, hasta en diecisiete ocasiones, acerca del efecto multiplicador del cambio climático en las amenazas no convencionales e inestabilidad regional<sup>90</sup>. Se apunta que la intensificación de las condiciones climáticas extremas, el aumento del nivel del mar y de las temperaturas globales afectarán a la seguridad y defensa marítima. Todo ello, intensificará la demanda de operaciones militares para gestionar desastres naturales y proveer de ayuda humanitaria a las comunidades afectadas. Del mismo modo, el Parlamento Europeo destaca que las futuras misiones militares de la UE han de abordar la seguridad climática, apoyar a las autoridades locales a la hora de aliviar las tensiones derivadas de la escasez de recursos marinos, prevenir los conflictos y centrarse en proteger los recursos naturales, la infraestructura crítica y la biodiversidad<sup>91</sup>.

Algunos de los países más vulnerables al cambio climático se localizan en la región Indo-Pacífica. Una mayor presencia militar de la UE en la zona, mediante el despliegue de operaciones que tengan en cuenta los efectos de la contaminación, el cambio climático y la pérdida de la biodiversidad marina, contribuiría a afrontar la inestabilidad asociada al cambio climático. Entendemos, por tanto, que la acción exterior de la UE como proveedor de seguridad marítima en una región estratégica de vital importancia como la Indo-Pacífica debería enraizarse en el creciente nexo entre sostenibilidad y amenazas no convencionales de seguridad. Se trata de que los países más afectados por el cambio climático pasen de ver a la UE como un mero socio

---

86 Comisión Europea, “El Pacto Verde Europeo”, COM(2019) 640 final, 11.12.2019.

87 Consejo de la UE, “Council Conclusions on Security and Defence in the context of the EU Global Strategy”, 10048/19, 17.6.2019.

88 Consejo de la UE, “Climate Change and Defence Roadmap”, 12741/20, 9.11.2020.

89 Consejo de la UE, “Una Brújula Estratégica para la Seguridad y la Defensa – Por una Unión Europea que proteja a sus ciudadanos, defienda sus valores e intereses y contribuya a la paz y la seguridad internacionales”, 7371/22, 21.3.2022.

90 Consejo de la UE, “Joint Progress Report on Climate Change, Defence and Security (2020-2022)”, 16.11.2022.

91 Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2022, sobre la Hoja de ruta del SEAE sobre cambio climático y defensa (2021/2102(INI)), 7.6.2022.

comercial en la región, a un actor clave en el diseño de sus estrategias nacionales de seguridad y defensa a la hora de hacer frente a desafíos no tradicionales derivados del aumento del nivel del mar, la desaparición de caladeros pesqueros o la degradación medioambiental.

En junio de 2022, la Comisión Europea adoptó una Comunicación Conjunta relativa a la Agenda de la UE de Gobernanza Internacional de los Océanos en la que, como prerequisite para alcanzar una economía azul sostenible, la paz y la estabilidad, se fijó garantizar la seguridad marítima. Esta Agenda enfatiza que la UE ha de centrarse en proteger las actividades legítimas frente a operaciones hostiles, ilegales o peligrosas en el mar, salvaguardar las líneas marítimas de comunicación y oponerse a acciones unilaterales que contravengan la estabilidad en el mar. La UE está llamada a promover la seguridad en los océanos, dentro y fuera de sus fronteras, mediante el multilateralismo, la cooperación con sus socios y el respeto a las normas internacionales y los derechos humanos. El enfoque de la UE, como proveedor de seguridad y defensa marítima, ha de ser “intersectorial sobre la naturaleza cambiante de las amenazas y los retos en el ámbito de la seguridad marítima, incluidos los ataques cibernéticos e híbridos, los crecientes efectos del cambio climático, la degradación del medio ambiente y los riesgos que suponen para la estabilidad y la seguridad”<sup>92</sup>.

La Agenda de la UE de Gobernanza Internacional de los Océanos es un primer paso para explorar las herramientas a disposición de la UE como proveedor de defensa y seguridad marítima para hacer frente a amenazas no convencionales. En el Indo-Pacífico, la UE debería aportar respuestas multilaterales coordinadas al cambio climático y velar por el cumplimiento efectivo de la normativa internacional, especialmente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y los derechos humanos. Asimismo, no se debería menospreciar la influencia política y diplomática que la UE ya ejerce en los países del Indo-Pacífico en lo que se refiere a la promoción del desarrollo sostenible conforme a lo dispuesto en la Agenda 2030. En definitiva, la actuación de la UE en los mares del Indo-Pacífico ha de orientarse a ejercer como mediador y facilitador en las negociaciones, foros y procesos internacionales, así como reforzar sus asociaciones y alianzas con sus socios en el Indo-Pacífico y las organizaciones regionales valiéndose de su poder comercial y normativo<sup>93</sup>.

### **3. La lucha contra la pesca INDNR como paradigma del papel a desempeñar por la UE como proveedor de defensa y seguridad marítima ante amenazas no convencionales en el Indo-Pacífico**

La lucha contra la pesca INDNR constituye un ejemplo paradigmático del papel de proveedor de defensa y seguridad marítima ante amenazas no convencionales que la UE tiene el afán de desempeñar en la región Indo-Pacífica. La UE, mediante su Política Pesquera Común, cuenta con una dilatada experiencia en la protección de la biodiversidad marina y la gestión eficiente de la pesca en sus espacios marítimos. Empleando su determinante influencia comercial, la

---

92 Comisión Europea, “Establecer el rumbo para un planeta azul sostenible. Comunicación Conjunta relativa a la Agenda de la UE de Gobernanza Internacional de los Océanos”, JOIN(2022) 28 final, 24.6.2022.

93 *Ibid.*

UE fuerza a la ratificación de acuerdos internacionales, cambios normativos, compromisos políticos, el establecimiento de estructuras administrativas más sólidas y mejores sistemas de coordinación y cooperación regional<sup>94</sup>. El ODS 14.4 de las Naciones Unidas indica que se ha de poner fin a la pesca INDNR, restablecer las poblaciones de peces y alcanzar un rendimiento pesquero sostenible. La UE está perfectamente alineada con este ODS pues tanto el Pacto Verde Europeo de 2019, como la Agenda de la UE de Gobernanza Internacional de los Océanos de 2022 fijan una tolerancia cero con respecto a la pesca INDNR. La UE entiende que la pesca INDNR “compromete gravemente los derechos humanos y la seguridad, la seguridad marítima y la actividad económica y el comercio, tanto en el mar como en tierra”<sup>95</sup>. Esta tolerancia cero a la pesca INDNR es muy reveladora, habida cuenta de que la UE se erige como el mayor importador mundial de productos pesqueros, representando el 34% del comercio mundial en el año 2020. Por su parte, entre los mayores productores de captura marina en 2020 se sitúan países de la región Indo-Pacífica como China (15% del total en 2020), Indonesia (8%), la India (5%), Vietnam (4%), Japón (4%), Tailandia (2%), Malasia (2%), República de Corea (2%), Filipinas (2%), Birmania (1%) o Bangladesh (1%)<sup>96</sup>.

Con el objetivo de combatir la pesca INDNR, la UE adoptó en 2008 una de las normas contra la pesca INDNR más estrictas del mundo. El Reglamento 1005/2008, que establece el sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR, entró en vigor en enero de 2010 y fue complementado por el Reglamento 1010/2009 que detalla su aplicación. El art. 2 Reglamento 1005/2008 acoge la más ampliamente aceptada definición de pesca INDNR instaurada por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)<sup>97</sup>. Por un lado, se entiende por pesca ilegal aquella que es contraria a la normativa nacional o internacional, se lleva a cabo por buques pesqueros sin licencia o autorización, o que faenan en contra de las medidas de conservación y ordenación adoptadas por organismos de ordenación pesquera. Por otro, la pesca no declarada es aquella que no ha sido declarada o declarada de modo inexacto a las autoridades competentes. Por último, la pesca no reglamentada es realizada por buques pesqueros sin nacionalidad, o bien en zonas o en relación a poblaciones de peces sin medidas de conservación y en detrimento de los recursos marinos vivos.

---

94 HE, J., “The EU illegal, unreported, and unregulated fishing regulation based on trade and market-related measures: unilateralism or a model law?”, *Journal of International Wildlife Law & Policy*, 20(2), 2017, 168-197; HONNIBALL, N., “Engaging Asian states on combating IUU fishing: The curious case of the state of nationality in EU regulation and practice”, *Transnational Environmental Law*, 10(3), 2021, 543-569; LI, S., “Incorporation of fisheries policy into regional blocs? – Lessons from the EU’s Common Fisheries Policy”, *Fishes*, 7(3), 2022, 102; SATO, C., “The EU’s Effective Protection of Marine Living Resources and Its Implications for the Asia-Pacific Region – What Can We Learn from the Eu Experience?”, *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, 37, 2019, 40-73.

95 Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1005/2008 del Consejo por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada”, COM(2015) 480 final, 1.10.2015.

96 FAO, “The State of World Fisheries and Aquaculture 2022. Towards Blue Transformation”, 2022.

97 FAO, “Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada”, 2001.

El Reglamento 1005/2008 se sustenta en tres pilares: un marco legal que prevenga, desaliente y elimine la pesca INDNR; una normativa acordada con los terceros países afectados que facilite la aplicación de un sistema de certificación de capturas y; la asistencia a terceros países mediante el diálogo, la cooperación, la asistencia técnica y la ayuda al desarrollo, el reforzamiento de sus políticas e instrumentos administrativos, la conservación y el uso sostenible de sus recursos marinos y la mejora de las condiciones de las comunidades pesqueras afectadas<sup>98</sup>. Respecto al primer pilar, el Reglamento 1005/2008 regula el componente transnacional de la pesca INDNR y la asistencia a las autoridades nacionales que corresponda a detectar la pesca INDNR y a adoptar medidas efectivas contra los infractores. Los Estados miembros de la UE han de facilitar toda la información y pruebas a los terceros países que corresponda (art. 48) y promover la asistencia mutua con el objetivo de apoyar a las autoridades competentes a prevenir e investigar la pesca INDNR (art. 51). A tal efecto, se instaura un sistema comunitario de alertas, que se compartirán con los terceros países interesados, para detectar tempranamente la pesca INDNR (arts. 23 y 24).

En lo que al segundo pilar del Reglamento 1005/2008 se refiere, el “sistema de tarjetas” es el mecanismo más reconocido internacionalmente. El éxito de este sistema radica en no imponer a los terceros países la norma de la UE y limitarse a “velar por que estos países cumplan los compromisos que han asumido (...)”<sup>99</sup>. Los capítulos sexto y séptimo del Reglamento 1005/2008 formulan un sistema de certificación de capturas que exige a los Estados de abanderamiento que autentiquen que el pescado capturado por sus buques y comercializado en la UE no procede de actividades pesqueras INDNR. Si la Comisión Europea considera que tiene pruebas suficientes para determinar que el tercer país que corresponda no está abordando de manera efectiva la pesca INDNR, le mostrará una tarjeta amarilla y le advertirá que presenta el riesgo de ser considerado como un país no cooperante. La Comisión está obligada a justificar, enumerando las razones que han llevado a la preidentificación de un tercer país como no cooperante, y le solicitará que formule un plan de acción para reconducir la situación. Una vez que a un tercer país le es mostrada la tarjeta amarilla, se inicia una cooperación formal con la Comisión para encarar aquellos aspectos que han determinado su consideración como país involucrado en pesca INDNR. Si el tercer país emprende con éxito las reformas necesarias, se le mostrará una tarjeta verde, pero si la Comisión estima que los esfuerzos no son suficientes, se procederá a identificar formalmente al tercer país que corresponda como no cooperante en la lucha contra la pesca ilegal (tarjeta roja). Tan pronto como el Consejo acepte la propuesta de la Comisión de incluir al país al que se le ha mostrado la tarjeta roja en el listado de no cooperantes, este no podrá exportar sus capturas pesqueras al mercado único de la UE. La cooperación

98 Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1005/2008 del Consejo por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada”, COM(2015) 480 final, 1.10.2015.

99 Comisión Europea, “Informe de la Comisión al parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1005/2008 del Consejo, por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) (el Reglamento INDNR)”, COM(2020) 772 final, 9.12.2020.

formal con este país en rebeldía continuará con el fin de que implemente medidas suficientes que le permitan levantar la sanción y que se le muestre la tarjeta verde.

<b>Países del Indo-Pacífico sancionados</b>	<b>Tarjeta Amarilla</b>	<b>Tarjeta Verde</b>	<b>Tarjeta Roja</b>	<b>Tarjeta Verde</b>
Camboya	Noviembre 2012	–	Noviembre 2013	–
República de Corea	Noviembre 2013	Abril 2015	–	–
Filipinas	Junio 2014	Abril 2015	–	–
Sri Lanka	Noviembre 2012	–	Octubre 2014	Junio 2016
Tailandia	Abril 2015	Enero 2019	–	–
Taiwan	Octubre 2015	Junio 2019	–	–
Vietnam	Octubre 2017	–	–	–

Tabla: elaboración propia a partir de los datos de la Comisión Europea<sup>100</sup>.

En la región Indo-Pacífica, Camboya mantiene una tarjeta roja desde noviembre de 2013 y Vietnam una amarilla desde octubre de 2017<sup>101</sup>, el resto de países a los que se les mostró bien una tarjeta amarilla, o bien roja, ya han logrado que se les revoque su identificación como países involucrados en pesca INDNR (véase tabla). Las principales razones que llevaron a mostrar una tarjeta amarilla o roja a estos países se debieron a presentar marcos legales y administrativos inadecuados para gestionar la flota pesquera de sus países involucrada en pesca INDNR, así como a incumplimientos de las obligaciones internacionales y regionales destinadas a controlar y a sancionar efectivamente la pesca ilegal. Ante la presión que representa no poder acceder comercialmente al mayor importador de pescado mundial, estos países del Indo-Pacífico, guiados por la Comisión Europea, han llevado a cabo sustanciales reformas legales, han ratificado acuerdos internacionales y han perfeccionado la gestión de sus flotas pesqueras para incorporar las mejores prácticas introducidas por otros países. Se han centrado también en garantizar una aplicación efectiva y uniforme de las sanciones, tanto pecuniarias como penales, a prácticas que supongan pesca INDNR.

Algunas reformas efectuadas han incluido mejoras en las condiciones laborales del sector pesquero y una mayor formación a los funcionarios nacionales para detectar y castigar la pesca INDNR<sup>102</sup>. Tailandia, como respuesta a la tarjeta amarilla recibida, procedió a reformar su legislación y paliar la pesca INDNR, a identificar y seguir sus barcos de pesca y a frenar los abusos laborales en el sector pesquero conforme a los convenios de la OIT<sup>103</sup>. Los esfuerzos de

100 Comisión Europea, “Overview of IUU procedures”, 7.6.2023, [https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/system/files/2023-06/illegal-fishing-overview-of-existing-procedures-third-countries\\_en.pdf](https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/system/files/2023-06/illegal-fishing-overview-of-existing-procedures-third-countries_en.pdf).

101 NHAN HO, A. y HUU NGO, P., “Combating Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing: A Vietnamese Perspective”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 38, 2023, pp. 1-35.

102 ALONSO, G. y MELISSA, M., “Blue boats in deep waters: how aspects of IUU policy impact Vietnamese fish workers”, *Maritime Studies*, 22(2), 2023.

103 KADFAK, A., BARCLAY, K. y SONG, A. M., *EU Trade-Related Measures against Illegal Fishing: Policy Diffusion and Effectiveness in Thailand and Australia*, Taylor & Francis, 2023; FUJII, I., OKOCHI, Y. y

Tailandia sirven de ejemplo a otros países en el Indo-Pacífico a la hora de diseñar mecanismos de trazabilidad de los buques pesqueros y sus capturas y de perfeccionar los estándares laborales a tenor de las convenciones internacionales<sup>104</sup>. Para todas estas reformas que se exigen a los terceros países, la UE cuenta con el Fondo Europeo Marítimo de Pesca y Acuicultura que apoya las medidas de control de la pesca INDNR. Para los años 2021-2027 se prevé que, de un total de 6.108 billones de euros, al menos 797 millones de euros se destinen a fomentar un control y una aplicación de una pesca sostenible<sup>105</sup>.

Por último, el tercer pilar en el que se sustenta el Reglamento 1005/2008 versa sobre la cooperación con terceros países. Las comunidades costeras del Indo-Pacífico se ven negativamente afectadas por la pérdida de ingresos y de sustento derivada de las actividades de la pesca INDNR. La UE promueve una sustancial cooperación y proyectos a nivel regional y subregional para la aplicación local del Reglamento 1005/2008. La UE basa su estrategia contra la pesca INDNR en el Indo-Pacífico en fomentar la coordinación entre los países costeros y asegurar la aplicación efectiva de las normas internacionales destinadas a combatir la pesca INDNR. La UE es parte en el Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto, que entró en vigor en junio de 2016, y constituye el primer tratado internacional vinculante destinado a dismantlar la pesca INDNR. Asimismo, la UE es miembro en varios Organismos Regionales de Ordenación Pesquera que establecen medidas técnicas y de control, así como límites de capturas para velar por la conservación y la gestión sostenible de los recursos marinos compartidos. En la región Indo-Pacífica, la UE participa activamente en la Comisión para la Conservación del Atún Rojo del Sur, en la Comisión del Atún del Océano Índico, la Comisión de Pesca del Pacífico Occidental y Central, el Acuerdo de Pesca del Océano Índico Meridional, la Organización Regional de Ordenamiento Pesquero del Pacífico Sur y la Comisión de Pesca del Pacífico Norte<sup>106</sup>.

En lo que a cooperación multilateral respecta, la UE colabora estrechamente con la ASEAN en la lucha contra la pesca INDNR. El Reglamento 1005/2008 influencia y viene específicamente mencionado en las Directrices de la ASEAN para prevenir la entrada en la cadena de suministro de productos pesqueros procedentes de actividades de pesca INDNR<sup>107</sup>. En concreto, la ASEAN ha aprobado el Plan de acción regional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR (RPOA-IUU)<sup>108</sup> y ha formulado una Política General de Pesca de la ASEAN, tomando como ejemplo la Política Pesquera Común de la UE<sup>109</sup>. La UE también ha promovido

---

KAWAMURA, H., “Promoting cooperation of monitoring, control, and surveillance of IUU fishing in the Asia-Pacific”, *Sustainability*, 13(18), 2021.

104 NAIKI, Y. y RAKPONG, J., “EU–Third Country Dialogue on IUU Fishing: The Transformation of Thailand’s Fisheries Laws”, *Transnational Environmental Law*, 11(3), 2022, pp. 629-653.

105 Tribunal de Cuentas Europeo, “EU Action to combat illegal fishing: control systems in place but weakened by uneven checks and sanctions by Member States”, 2022.

106 Comisión Europea, “Regional fisheries management organisations (RFMOs)”, [https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/fisheries/international-agreements/regional-fisheries-management-organisations-rfmos\\_en](https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/fisheries/international-agreements/regional-fisheries-management-organisations-rfmos_en)

107 ASEAN, “ASEAN guidelines for preventing the entry of fish and fishery products from IUU fishing activities into the supply chain”, 24.8.2015.

108 ASEAN, “Regional Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing (RPOA-IUU)”, 21.10.2020.

109 Development of an ASEAN General Fisheries Policy Feasibility Study: Final Feasibility Study Report, 19.6.2020, <https://asean.org/wp-content/uploads/2021/12/FAFD-20.-AGFP-Feasibility-Study-report>



el diseño de “una Red INDNR en la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN), una plataforma operativa para el intercambio de información en tiempo real que proporciona a los miembros de la ASEAN ayuda de carácter eminentemente práctico para sus actividades cotidianas”<sup>110</sup>. La red INDNR sirve como marco de cooperación para el intercambio de información y mejores prácticas y posibilita una cooperación integral y regional en la lucha contra la pesca INDNR<sup>111</sup>.

La acción exterior marítima de la UE en su lucha contra una amenaza a la seguridad no convencional con una significativa presencia en el Indo-Pacífico, como es la pesca INDNR, constituye un caso paradigmático acerca de la interacción de la UE con los países de la región. La UE ejerce su influencia normativa y comercial, establece su gestión pesquera como un modelo a seguir, asegura su presencia en la región a través del apoyo a los terceros países con los que interactúa y coopera con organizaciones regionales como la ASEAN o los Organismos Regionales de Ordenación Pesquera. La repercusión de la UE en el Indo-Pacífico no se circunscribe a la lucha contra la pesca INDNR, sino que su actuación contra este desafío no tradicional a la seguridad en el mar presenta un efecto multiplicador y le permite contribuir a paliar otras amenazas no tradicionales en el Indo-Pacífico.

El éxito de la acción exterior marítima y defensiva de la UE en el Indo-Pacífico frente a la pesca INDNR radica en que, lejos de intentar imponer su modelo por la fuerza, promueve el respeto de los derechos laborales de la población pesquera, previene la contaminación de los océanos, coadyuva a la sostenibilidad de la biodiversidad marina y al respeto de los derechos humanos. Todo ello, propicia la estabilidad, la defensa y la seguridad de los mares del Indo-Pacífico y, al mismo tiempo, beneficia los intereses comerciales y geopolíticos de la UE en la región. El éxito de la acción exterior de la UE con relación a la pesca INDNR permite que progresivamente los países en la región Indo-Pacífica confíen en la aproximación comunitaria a las amenazas marítimas no convencionales, facilita el establecimiento por parte del Consejo de la UE de nuevas Áreas Marítimas de Interés mediante la extensión del concepto de las PMC y allana el terreno para, en un futuro, desplegar una operación militar que asegure una presencia naval permanente de la UE en el Indo-Pacífico.

## V. CONCLUSIÓN

La UE presenta todavía una influencia muy marginal e incipiente en lo que a las amenazas de defensa y seguridad clásicas en el Indo-Pacífico respecta, dado que tanto la PESC como la PCSD de la UE son áreas de cooperación primordialmente intergubernamentales y cuyos avances vienen marcados por la exigencia de unanimidad. Los Estados miembros cuentan

---

[port-28ASWGF.pdf](#).

110 Comisión Europea, “Informe de la Comisión al parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1005/2008 del Consejo, por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) (el Reglamento INDNR)”, COM(2020) 772 final, 9.12.2020.

111 ASEAN, “Cooperation framework on ASEAN network for combating illegal, unreported, unregulated (IUU) fishing”, 28.7.2020.

con visiones y prioridades discrepantes hacia esta región y sus países, lo que priva a la UE de capacidad de acción coherente como proveedor de seguridad y defensa. Sin embargo, la UE viene configurándose como un actor más influyente en el Indo-Pacífico a propósito de desafíos de seguridad no tradicionales, entre ellos el cambio climático, el desarrollo sostenible, la conectividad marítima o la gestión de la pesca INDNR. Ante estas amenazas no convencionales y menos controvertidas políticamente, la UE atesora una dilatada experiencia para ejercer su influencia normativa, diplomática, comercial y defensiva con el fin de proveer de estabilidad y mediar en las tensiones entre las principales potencias en la región Indo-Pacífica.

Entre las principales prioridades de la acción exterior de la UE, destaca la de reforzar su perfil como proveedor de defensa y seguridad marítima ante unos océanos cada vez más competitivos y afectados por el cambio climático. Por ello, la UE despliega sus propias operaciones militares, desarrolla el concepto de PMC y promueve la cooperación y el intercambio de información con autoridades militares de terceros países socios. A este respecto, la Brújula Estratégica para la Seguridad y la Defensa, acordada en 2022, identifica la seguridad marítima como un objetivo primordial para la UE si se quiere garantizar el libre comercio, el suministro energético, el desarrollo económico y el transporte. De igual manera, la Estrategia de Seguridad Marítima de la UE, adoptada en marzo de 2023, destaca que la acción exterior de la UE ha de centrarse en hacer frente a amenazas no convencionales en el mar, ya que estas se están viendo intensificadas por los efectos del cambio climático, la pérdida de biodiversidad marina, la inseguridad energética o la inestabilidad regional. La UE está empleando su liderazgo global ante riesgos no tradicionales para expandir su presencia e influencia defensiva en la gobernanza internacional de los océanos. En vista de que las amenazas de seguridad que afronta la UE son similares a las que acontecen en los mares de la región Indo-Pacífica, la UE, como proveedor de seguridad marítima, se está orientando a reforzar su presencia y cooperación bilateral y regional. La UE ha de continuar participando en organizaciones como la ASEAN, acceder como miembro observador a organizaciones multilaterales influyentes en la región como la IORA y desarrollar programas que faciliten el intercambio y análisis de información de seguridad marítima como CRIMARIO.

La estrategia de gobernanza internacional de los océanos de la UE pivota alrededor del respeto de las normas internacionales, especialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la defensa de los derechos humanos y la promoción del desarrollo sostenible en consonancia con la Agenda 2030 y sus ODS. Precisamente, tras explorar la aproximación de la UE a una amenaza no convencional como es la pesca INDNR, inferimos que su influencia en el Indo-Pacífico pasa ahora por mediar en los conflictos regionales, formar a los funcionarios nacionales, facilitar el intercambio de buenas prácticas, reforzar su presencia militar mediante la colaboración con países socios, organizaciones regionales y multilaterales, asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales y el respeto de los derechos humanos, así como favorecer reformas normativas internas y garantizar su aplicación uniforme y eficaz.

Se debe evitar que la acción exterior marítima de la UE ante amenazas no convencionales sea vista como una imposición por parte de los países del Indo-Pacífico. Esto es, la actuación de la UE como proveedor de defensa y seguridad marítima ha de complementar las estrategias nacionales y enfocarse en apoyar a los países de la región ante desafíos de seguridad compartidos. Se trata, en definitiva, de lograr resultados tangibles al abordar los riesgos de seguridad

marítima y de defensa en ambas regiones y de que la presencia de la UE en el Indo-Pacífico se demuestre provechosa. En atención al liderazgo global de la UE a la hora de afrontar amenazas no convencionales asociadas al creciente nexo entre seguridad marítima y sostenibilidad, su acción exterior en el Indo-Pacífico debe consolidarse frente a amenazas no convencionales compartidas; por expandir, a medio plazo, el aún novedoso concepto de las PMC y; a largo plazo, por desplegar misiones navales como la Operación Atalanta. No es concebible una influencia creíble a la seguridad marítima y a la defensa en el Indo-Pacífico como apresuradamente pretende ahora la UE, si los Estados miembros no están dispuestos a ampliar su limitada presencia y escaso despliegue naval actual, si la propia Unión no es capaz de paulatinamente dotar de medios, expandir y establecer operaciones militares sostenidas en el tiempo en el Indo-Pacífico, así como si no aclara, tanto a sus propios Estados miembros como a sus socios y a sus rivales, cuál es su concreta contribución y objetivos para con esta región estratégica.



# LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES: LAS LÓGICAS VIOLENTAS DE LA AUSTERIDAD DESDE LA SECURECONOMÍA GLOBAL FEMINISTA

## *GENDER VIOLENCE IN INTERNATIONAL RELATIONS: THE VIOLENT LOGICS OF AUSTERITY FROM THE LENS OF FEMINIST GLOBAL SECURECONOMY*

IRATXE PEREA OZERIN\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES. III. LA INSEGURIDAD COTIDIANA Y LA ECONOMÍA POLÍTICA INTERNACIONAL. IV. ACUMULACIÓN POR DESPOSESIÓN: LAS LÓGICAS VIOLENTAS DE LA AUSTERIDAD. V. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** La lógica de la economía política global contrarresta los avances discursivos y legales que se han producido en el ámbito internacional en materia de violencia de género. El artículo aborda, en particular, la violencia de género inherente a la política de austeridad que ha guiado la economía internacional en las últimas décadas. Para ello, distingue tres lógicas violentas de la austeridad –desposesión, devaluación y disciplina– y explora la interacción de las mismas con el *continuum* de violencias que sufrimos las mujeres. Este estudio utiliza el enfoque de la “secureconomía” global feminista, que combina conceptualizaciones y perspectivas de la Economía Política Internacional Feminista y los Estudios Feministas de Seguridad en las Relaciones Internacionales (RRII), con el objetivo de exponer los lugares de violencias e inseguridad cotidiana que la austeridad (re)produce y exacerba, y que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres, así como a colectivos LGTB y personas que transgreden el orden de género. De esta forma, el artículo también busca retomar perspectivas amplias de las RRII Feministas a la hora de abordar cuestiones como la violencia de género o la austeridad, evitando reproducir la división seguridad/economía tradicional en la disciplina y considerando tanto la base material como discursiva en el análisis.

**ABSTRACT:** *The logic of the global political economy counters discursive and legal advances on gender violence in the international domain. The article specifically focuses on the gender violence inherent to the politics of austerity that have guided the international economy for the last decades. To that end, it distinguishes three violent logics of austerity –dispossession, devaluation and discipline– and disentangles their interaction with the continuum of violences that women suffer. This analysis uses the lens of feminist global “secureconomy”, combining conceptualisations and perspectives in Feminist International Political Economy and Feminist Security Studies in International Relations (IR). It aims to expose the sites of everyday violence and insecurity that austerity (re)produces and exacerbates, and which specifically and disproportionately affect women, LGTB people and those that transgress gender orders. Thus, the article also seeks to bring back broad perspectives in*

---

Fecha de recepción del trabajo: 21 de julio de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de mayo de 2024.

\* Profesora Agregada de Relaciones Internacionales en la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), [iratxe.perea@ehu.eus](mailto:iratxe.perea@ehu.eus). Miembro del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco “País Vasco, Europa y América: Vínculos y Relaciones Atlánticas”.

La autora agradece sus valoraciones y sugerencias a las personas que han revisado el artículo para la REEI, así como a tantas otras que en diferentes contextos han leído y comentado versiones previas. El texto final se ha beneficiado sin duda de la labor crítica y la generosidad de todas ellas.

*Feminist IR when approaching issues such as gender violence and austerity, avoiding the traditional division security/economy in the discipline and considering the material as well as the discursive basis of the analysis.*

**PALABRAS CLAVE:** Violencia de género; austeridad; Secureconomía Global Feminista; acumulación por desposesión; (in)seguridad cotidiana.

**KEYWORDS:** *Gender violence; austerity; Feminist Global Secureconomy; accumulation by dispossession; everyday (in)security.*

## I. INTRODUCCIÓN

Como expresa Rita Segato, nunca ha habido más leyes, más investigación o más iniciativas contra la violencia de género (VG), en particular, desde el ámbito internacional<sup>1</sup>. Y, sin embargo, ésta persiste invariablemente de manera generalizada, contradiciendo estudios que han apuntado posibles declives de la violencia global<sup>2</sup>. De hecho, la violencia contra las mujeres se ha descrito como “la más prevalente y, sin embargo, menos reconocida violación de los derechos humanos, extendida a lo largo de todos los países tanto en áreas urbanas como rurales”<sup>3</sup>. La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y ONU Mujeres han documentado que en 2021 un total de 81.100 mujeres fueron asesinadas intencionadamente en el mundo, en más de la mitad de los casos (56%, 45.000) siendo los perpetradores parejas o familiares. Este porcentaje es mucho menor para los hombres (11%)<sup>4</sup>. De manera que espacios considerados “seguros” como el hogar, son especialmente inseguros para las mujeres.

El informe también pone de manifiesto que territorios en los que no hay conflictos armados en activo como el europeo tampoco son seguros para las mujeres. Según la macroencuesta a 42.000 mujeres europeas elaborada por la Agencia de los Derechos Fundamentales (FRA) de la UE en 2014, un 8% de las mujeres habían experimentado violencia física y/o sexual en los doce meses previos a la entrevista, y una de cada tres mujeres había sufrido algún tipo de agresión física y/o sexual desde los 15 años de edad<sup>5</sup>. La más reciente Encuesta Europea de Violencia de Género 2022 ofrece datos por países, con este mismo indicador oscilando entre un 12% en Bulgaria y un 41% en Holanda, con datos de 2021. En España alcanzaba un 28,3% con datos de 2022. El informe avisa, en cualquier caso, que estos porcentajes pueden constituir únicamente una aproximación a la realidad, ya que la respuesta de las mujeres sobre su experiencia de violencia se ve influida por el grado en que esta violencia es tolerada en su comunidad<sup>6</sup>.

---

1 SEGATO, Rita, *La guerra contra las mujeres*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2016, p. 97.

2 Ver: TRUE, Jacqui, «Are war and violence really in decline?», *Australian Journal of International Affairs*, vol. 68, 2014.

3 TRUE, Jacqui, *Violence against women: what everyone needs to know*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 23. *Violence against Women: What Everyone Needs to Know*, What Everyone Needs To Know (Oxford, New York: Oxford University Press, 2021

4 UNODC y UN WOMEN, *Gender-related killings of women and girls (femicide/feminicide). Global estimates of gender-related killings of women and girls in the private sphere in 2021. Improving data to improve responses*, 2022, [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/briefs/Femicide\\_brief\\_Nov2022.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/briefs/Femicide_brief_Nov2022.pdf).

5 FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Violence against women: an EU-wide survey. Main results report*, Luxembourg, Publications Office of the EU, 2014.

6 Ver: European Union, *EU survey on gender-based violence against woman and other forms of inter-personal violence (EU-GBV) – first results*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022,

Para Segato, es precisamente el carácter político de la VG, su naturaleza fundacional para el sistema internacional actual, y en particular para la economía política global, lo que previene su solución<sup>7</sup>. En efecto, existe una contradicción entre la condena de la VG a nivel internacional y el despliegue desde este mismo dominio de políticas socioeconómicas que exacerbaban las desigualdades y vulnerabilidades que sostienen esta violencia. Este artículo explora esta contradicción, centrándose en la política de austeridad. Busca desentrañar la correlación entre austeridad y VG, poniendo de manifiesto la responsabilidad en este sentido de Estados e instituciones internacionales que promueven e implementan políticas de austeridad y (re)producen, de esta forma, inseguridades de género. El puzle de fondo es cómo politizar la VG desde una perspectiva internacional, cómo abordar la provisión de seguridad desde el ámbito internacional, captando la magnitud y severidad de esta violencia y su profundo arraigo en la economía global. Para ello, el artículo se guía por teorías feministas en RRII y metodologías asociadas a las mismas, así como trabajos en el ámbito de los estudios marxistas y postcoloniales, y propone un marco de análisis centrado en tres lógicas violentas de la austeridad –desposesión, devaluación y disciplina– que permiten interconectar esta política económica internacional con lugares de violencias diarias como el hogar, la calle, el empleo o las fronteras.

Teniendo en cuenta que, como expresa Cynthia Enloe, “lo personal es internacional” y “lo internacional es personal”, el artículo explora la relación bidireccional entre VG y austeridad<sup>8</sup>. La austeridad inevitablemente intensifica instancias de violencia diaria porque se erige sobre esa misma violencia; programas de reajuste económico basados en la austeridad tienen consecuencias en términos de VG precisamente porque en su operativa requieren de esta violencia. La austeridad se asienta en la violencia íntima y el control social que sufren las mujeres, porque históricamente ha sido esta violencia y este control los que han relegado a las mujeres al trabajo de cuidado no remunerado. Cuando gobiernos e instituciones internacionales recortan políticas y entidades orientadas a socializar el trabajo reproductivo, lo hacen en base a un orden de género en el que los roles tradicionales inducen que las mujeres se conviertan en la amortiguación del reajuste (*shock absorber*)<sup>9</sup> y asuman este trabajo, a pesar de las inseguridades de género que conlleva la esfera privada en condiciones de precariedad y presiones económicas. La flexibilización del mercado de trabajo en tiempos de austeridad se vale de la existencia de mano de obra desechable cuyo trabajo y conocimiento han sido devaluados a través de instancias históricas de violencia extrema, como fue la esclavitud o las denominadas “cazas de brujas”, o a través de procesos más recientes de feminización y devaluación del mercado laboral asociados a la globalización neoliberal<sup>10</sup>.

---

<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-reports/w/KS-FT-22-005>; Encuesta Europea de Violencia de Género 2022, [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/Encuesta\\_Europea/home.htm](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/Encuesta_Europea/home.htm).

7 SEGATO, *op. cit.*, p. 97.

8 ENLOE, Cynthia, *Bananas, Beaches and Bases: Making Feminist Sense of International Politics*, Berkeley, CA, University of California Press, 2ª ed., 2014.

9 BRODIE, Janine, «Shifting the boundaries: gender and the politics of restructuring», en: BAKKER, Isabella (Ed.), *The strategic silence. Gender and economic policy*, Ottawa, ZedBooks y North-South Institute, 1994, pp.50-58; BAKKER, *The strategic silence, op. cit.*, pp. 1-16.

10 PETERSON, V. Spike, «Thinking through intersectionality and war», *Race, Gender & Class*, vol. 14, núm. 3-4, 2007, pp.10-27; PETERSON, V. Spike, «Gendering insecurities, informalization, and ‘war econo-

Desde un punto de vista teórico, este análisis combina enfoques de la Economía Política Internacional Feminista (EPIF) y los Estudios Feministas de Seguridad (EFS), un encuentro que ha venido a traducirse en la propuesta de la “secureconomía” global feminista<sup>11</sup>. La EPIF ha explorado de manera más amplia los aspectos materiales de la desigualdad de género y su conexión con la economía política global, centrando en su estudio tanto la economía productiva como reproductiva. Muchos de estos trabajos han interrogado los procesos de crisis y reestructuración económica desde una perspectiva de género, en particular, en el marco de la crisis de deuda en países del Sur durante la década de 1980<sup>12</sup>, área de estudio que cobró un nuevo interés tras la crisis de 2008<sup>13</sup>. Por otra parte, los EFS han redefinido concepciones de violencia y seguridad en RRII, desentrañando su dimensión discursiva y las formas en que las narrativas y los discursos producen violencias y sujetos subordinados por su género<sup>14</sup>. Recuperando el enfoque de trabajos ya clásicos de las RRII feministas<sup>15</sup>, algunas de estas autoras han buscado tender puentes entre la EPIF y los EFS<sup>16</sup>. Estos estudios parten de las vidas y experiencias de las mujeres, de cara a redefinir comprensiones limitadas de guerra, paz, conflicto y seguridad en la disciplina, poniendo de manifiesto “cómo la seguridad del Estado y la prosperidad de la economía global son frecuentemente dependientes de la inseguridad de las vidas de ciertos individuos, a menudo de las de las mujeres”<sup>17</sup>. Jutta Weldes y Elisa Wynne-Hughes subrayan la

---

mies’», en: TRIPP, Aili Mari *et al.* (Ed.), *Gender, violence and human security. Critical feminist perspectives*, Nueva York, New York University Press, 2013.

- 11 MEGER, Sara, «Introducing Feminist ‘Secureconomy’», *Progress in Political Economy (PPE)*, septiembre 2017, <https://www.ppesydney.net/introducing-feminist-secureconomy/.myself>, Amanda Chisholm and Saskia Stachowitsch argue in this post that we can perceive a growing divide between those feminists who study security and those who study global economy. Such an intellectual division of labour also mirrors in many ways the mainstream IR “economic” and “security” divisions. We find this replication in feminist work puzzling. With raising the issue of the relationship between feminist security studies (FSS
- 12 BENERÍA, Lourdes y FELDMAN, Shelley (Ed.), *Unequal Burden: Economic Crises, Persistent Poverty, And Women’s Work*, Boulder, Westview Press, 1992; BAKKER, *The strategic silence*, *op. cit.*; ELSON, Diane, «Gender and the global economic crisis in developing countries: a framework for analysis», *Gender and Development*, vol.18, núm. 2, 2010, pp. 201-212; ELSON, Diane, «Economic Crises from the 1980s to the 2010s: A Gender Analysis», en: WAYLEN, Georgina y RAI, Shirin M. (Ed.), *New Frontiers in Feminist Political Economy*, Abingdon, Routledge, 2013, pp. 189-212.
- 13 KARAMESSINI, Maria y RUBERY, Jill, *Women and Austerity: The Economic Crisis and the Future for Gender Equality*, New York, Routledge, 2014; WALBY, Sylvia, *Crisis*, Cambridge, Polity Press, 2015; HOZIĆ, Aida A. y TRUE, Jacqui (Ed.), *Scandalous Economics: Gender and the Politics of Financial Crises*, New York, Oxford University Press, 2016
- 14 SHEPHERD, Laura J., *Gender, violence, and security. Discourse as practice*, London, Zed Books, 2008; SHEPHERD, Laura J., «Victims, Perpetrators and Actors’ Revisited: Exploring the Potential for a Feminist Reconceptualisation of (International) Security and (Gender) Violence», *The British Journal of Politics and International Relations*, vol.9, núm.2, 2007, pp. 239-256; SJOBERG, Laura (Ed.), *Gender and International Security: Feminist Perspectives*, Abingdon, Routledge, 2010.
- 15 Por ejemplo: ENLOE, *Bananas, Beaches and Bases*, *op.cit.*; ENLOE, Cynthia, *Globalization and militarism. Feminists make the link*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2007; PETERSON, V. Spike y RUNYAN, Anne Sisson, *Global Gender Issues*, Oxford, Westview Press, 1993; TICKNER, J. Ann, *Gender in International Relations: Feminist Perspectives on Achieving Global Security*, Columbia University Press, 1992.
- 16 Ver: ELIAS, Juanita, «Introduction: Feminist Security Studies and Feminist Political Economy: Crossing Divides and Rebuilding Bridges», *Politics & Gender*, vol. 11, núm.2, 2015, pp.406-408.
- 17 TICKNER, J. Ann, «Feminism meets International Relations», *Feminist Methodologies for International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p.27.



visión integrada de estas autoras, que han evitado reproducir la división seguridad/economía tradicional en la disciplina<sup>18</sup>. Este enfoque permite problematizar la violencia de género y la in/seguridad, considerando tanto elementos materiales (vulnerabilidad económica, desigualdad o desposesión de medios de subsistencia) como simbólicos y discursivos (estereotipos de género o devaluación de valores asociados a la feminidad), y la relación de los mismos con la economía política global<sup>19</sup> y, en particular, con las políticas internacionales de austeridad.

Metodológicamente, explorar cómo “lo internacional es personal” en lo que respecta a la austeridad implica utilizar metodologías que consideren los “silencios”, “lo que no está ahí”<sup>20</sup> en las narrativas de crisis y reestructuración económica. Como expresan Laura Sjoberg, Heidi Hudson y Cynthia Weber, “es importante prestar tanta atención a lo que arrastra la retórica de crisis como a lo que no incluye”<sup>21</sup>. “Cómo se `narra´ la crisis importa”<sup>22</sup>. Por ejemplo, el relato sobre el origen y evolución de la crisis europea después de 2008 influyó de manera crucial en el tipo de medidas que se tomaron y los grupos de personas más afectadas por las mismas. Estas narrativas aliviaron la presión sobre el sistema financiero que estaba en el origen de la crisis y lo trasladaron al sector público y al hogar. Como resultado, obviaron la “oportunidad para contestar las vías normales, masculinas, de gobernar la economía global”<sup>23</sup>. En su lugar, reorientaron la respuesta hacia recortes en servicios públicos e instituciones, creando y reproduciendo inseguridades de género.

De hecho, la retórica de crisis, lo que está y lo que no está en ella, implica comprensiones particulares de la paz y la seguridad<sup>24</sup>. Narrativas de las crisis como “excepcionales” nos llevan a pensar en la austeridad como “medidas”, “recetas”, “excepcionales” en “tiempos excepcionales”. Sin embargo, la austeridad ha sido un mecanismo constante en contextos de crisis del capitalismo<sup>25</sup>, una política que se erige en las desigualdades estructurales entrecruzadas que sostienen la economía global y que, como tales, están íntimamente relacionadas con las violencias que impregnan este sistema. Una característica fundamental del capitalismo ha sido su capacidad para ocultar las violencias que genera, naturalizando el sufrimiento de algunos

- 
- 18 WELDES, Jutta y WYNNE-HUGHES, Elisa, «Beyond Binaries with Feminist Secureconomy», *Progress in Political Economy (PPE)*, 2017, <https://www.ppesydney.net/beyond-binaries-feminist-secureconomy/>.
- 19 HUDSON, Heidi, «Close(d) encounters: Feminist Security Studies engages Feminist (I)PE», en: ELIAS, Juanita y ROBERTS, Adrienne (Ed.), *Handbook on the international political economy of gender*, Cheltenham, Elgar, 2018, pp.127-141; ver también: TRUE, Jacqui, *The Political Economy of Violence against Women*, Oxford, Oxford University Press, 2012; ELIAS, Juanita, «Introduction: Feminist Security Studies and Feminist Political Economy», *op. cit.*, pp.406-408.
- 20 ACKERLY, Brooke A. *et al.* (Ed.), *Feminist Methodologies for International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- 21 SJOBERG, Laura *et al.*, «Gender and Crisis in Global Politics: Introduction», *International Feminist Journal of Politics*, vol.17, núm.4, 2015, p.530.
- 22 WALBY, *op. cit.*, p.2, comillas en la cita original.
- 23 HOZIĆ y TRUE, *op. cit.*, p.13.
- 24 TRUE, Jacqui y TANYAG, Maria, «Violence against women/violence in the world: toward a feminist conceptualization of global violence», en: GENTRY, Caron E. *et al.* (Ed.), *The Routledge handbook of gender and security*, London, Routledge, 2019, p. 17.
- 25 BLYTH, Mark, *Austerity: The History of a Dangerous Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

grupos y valorando unas vidas por encima de otras<sup>26</sup>. La austeridad constituye un mecanismo de reproducción capitalista que produce a la vez que oculta violencias de género, por lo que debemos mirar con lentes feministas las formas en que opera, dirigiendo nuestra atención hacia el sufrimiento, los cuerpos, los silencios, como punto de partida<sup>27</sup>. Para ello, el marco de análisis propuesto se guía por metodologías feministas centradas en “lo cotidiano”, evitando planteamientos más predominantes en la EPI que buscan analizar la violencia estructural neoliberal con una lógica vertical de arriba abajo<sup>28</sup>. Este trabajo centra en el análisis la VG cotidiana, no como una consecuencia más de la desigualdad, sino como principio organizador de un orden de género desigual<sup>29</sup>.

El artículo está organizado de la siguiente manera. A esta introducción le sigue un apartado que busca conceptualizar la VG desde el ámbito de las RRII, considerando los marcos normativos existentes y comprensiones feministas que ponen de manifiesto el papel constitutivo de la violencia en el orden (económico) internacional. Siguiendo este planteamiento, el artículo se centra en las conexiones entre las inseguridades de género cotidianas y la economía política global. A continuación, el apartado cuarto expone las tres lógicas violentas de la austeridad a tener en cuenta en su análisis respecto a la VG, trazando una línea de responsabilidad de Estados e Instituciones Económicas Internacionales (IEI) inductoras de austeridad desde la crisis de deuda externa en la década de 1980 al escenario post-crisis de 2008, es decir, la era de globalización neoliberal. El texto hace especial referencia a los contextos de extrema inseguridad en la frontera norte de México en este primer periodo, tras la reorientación de su economía fruto de la respuesta ante la crisis de deuda, y las inseguridades de género derivadas de las políticas de la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional (FMI) en Europa tras la crisis de 2008, particularmente en los países del Sur más afectados por la crisis. Finalmente, el artículo ofrece unas conclusiones orientadas a la lucha contra la VG tanto desde el ámbito académico, como político y social.

## II. CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

La VG incluye múltiples variedades de violencias que ocurren a diferentes niveles, complicando tanto su definición como su abordaje. El derecho internacional ha politizado la VG como

---

26 HOZIĆ, Aida A, «Follow the bodies: Global capitalism, global war, global crisis and feminist IPE», *International Relations*, vol.35, núm.1, 2021, p.174.

27 *Ibid.*, pp. 173-177.

28 Ver: ELIAS, Juanita y RAI, Shirin M., «The Everyday Gendered Political Economy of Violence», *Politics and Gender*, vol.11, núm.2, 2015, pp.424-429; ELIAS, Juanita y RAI, Shirin M., «Feminist everyday political economy: Space, time, and violence», *Review of International Studies*, vol. 45, núm.2, 2019, pp.201-220.

29 La conocida como “paradoja nórdica”, de hecho, los altos niveles de VG en países nórdicos con altos índices de igualdad de género, pone de manifiesto la necesidad de reorientar la atención hacia la violencia en sí, no únicamente en relación con la desigualdad. Ver: STRID, Sofia *et al.*, «The violently gender-equal Nordic welfare states», en: LUNDQVIST, Maja *et al.* (Ed.), *Re-Imagining Sexual Harassment. Perspectives from the Nordic Region*, Bristol, Policy Press, 2023, p.59-60

una forma de discriminación por género<sup>30</sup>. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEVAW) de Naciones Unidas define la violencia contra las mujeres como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”<sup>31</sup>. Según la DEVAW, “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”. La Asamblea General de la ONU también ha reconocido que “la violencia contra la mujer tiene sus raíces en las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer” y que “la pobreza y la falta de empoderamiento de la mujer, así como su marginalización derivada de su exclusión de las políticas sociales y los beneficios del desarrollo sostenible, pueden colocar a la mujer en situación de mayor riesgo de violencia”<sup>32</sup>.

Bajo un marco similar, el Convenio de Estambul emplea la terminología de “violencia contra las mujeres por razones de género”, definida como “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”<sup>33</sup>. Ambas nociones –violencia contra las mujeres y violencia contra las mujeres por razones de género– constituyen una parte de una concepción más amplia de violencia de género<sup>34</sup> que también incluye, por ejemplo, violencias contra los hombres cuando éstos no encajan en las formas de masculinidad dominantes<sup>35</sup>.

Aproximaciones orientadas a medir la violencia abogan por una definición restringida de VG, de manera que permita distinguir entre la violencia y sus causas, entre la violencia y la desigualdad por género en el caso, por ejemplo, de la violencia contra las mujeres<sup>36</sup>. Estos trabajos definen violencia como “eventos que implican contacto físico real, planeado o su amenaza, directo o indirecto, por parte del perpetrador, o daño físico a la víctima”<sup>37</sup>. Esta definición no incluye la violencia simbólica o los estereotipos de género, que el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE) sí considera como parte de la “violencia indirecta contra las mujeres”. Esta categoría incluye “actitudes, estereotipos y normas culturales que subyacen a las

---

30 WALBY, Sylvia *et al.*, *The concept and measurement of violence against women and men*, Bristol, Policy Press, 2017, p.47.

31 ONU ASAMBLEA GENERAL, *Resolution 48/104. Declaration of the Elimination of Violence against Women*, 20 diciembre 1993, <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm>.

32 ONU ASAMBLEA GENERAL, *Resolution 61/143. Intensification of efforts to eliminate all forms of violence against women*, 19 diciembre 2006, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/503/01/PDF/N0650301.pdf?OpenElement>.

33 CONSEJO DE EUROPA, *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, 5 noviembre 2011, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>.

34 SHEPHERD, *Gender, violence, and security*, *op. cit.*, p. 51.

35 TRUE, *The Political Economy of Violence against Women*, *op. cit.*, p. 9.

36 WALBY *et al.*, *op.cit.*, pp.35-36.

37 *Ibid.*, p. 42.

prácticas con sesgos de género y pueden causar formas de violencia directa basadas en el género”<sup>38</sup>. Variaciones en las formas de violencia (directa) pueden incluir homicidio/femicidio, violación, violencia íntima de pareja y mutilación genital femenina, así como acoso, guerra y violencia contra civiles en zonas de conflicto. Aunque defiende una “definición precisa de violencia”, este estudio también alerta de que este tipo de definiciones con frecuencia han infravalorado la magnitud de la violencia contra las mujeres<sup>39</sup>. De hecho, como violencia estructural, la violencia de género ha sido tradicionalmente subestimada.

A medida que las feministas han desentrañado las ramificaciones de la opresión por género y, en particular, las feministas interseccionales, han expuesto su interacción con otros sistemas de dominación por clase, raza u orientación sexual<sup>40</sup>, hemos podido identificar las violencias inherentes a los órdenes de género. Una comprensión amplia de la VG es particularmente importante dadas las estrategias políticas dirigidas a desestimarla como violencia estructural, negando la urgencia de implementar políticas de largo alcance para la igualdad de género que garanticen el derecho de las mujeres a vivir vidas libres de violencias. Estas estrategias despolitizan la VG y la desconectan de la seguridad. Funcionan como vías para omitir la responsabilidad pública y colectiva en la prevalencia de la VG. La probabilidad de que emerjan narrativas negacionistas de este tipo es mayor en contextos de crisis y austeridad, en los que se busca reducir la inversión en políticas sociales y de igualdad. El objetivo de este artículo no es la medición de la violencia de género, sino identificar las múltiples y a menudo ocultas implicaciones de la austeridad en este sentido, lo cual requiere una comprensión amplia de la violencia.

Teorizaciones feministas del *continuum de violencias de género* son útiles en este sentido, al trazar una línea que interconecta los diferentes lugares en los que las mujeres sufren violencias, de lo personal a lo internacional, de la violencia íntima de pareja o el acoso callejero, a la violencia sexual en conflictos armados y el feminicidio<sup>41</sup>. Esta línea atraviesa, al mismo

38 EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (EIGE), *Gender Equality Index: Report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2013.

39 WALBY *et al.*, *op.cit.*, p.4.

40 CRENSHAW, Kimberle, «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color», *Stanford Law Review*, vol. 43, núm. 6, 1991, pp. 1241-1299; DAVIS, Angela Y., *Women, Race & Class*, New York, Random House, 1981; hooks, bell, *Ain't I a Woman: Black Women and Feminism*, New York, Routledge, 2015.

41 Marcela Lagarde acuñó el término feminicidio para “denominar así al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres y que, estos fuesen identificados como crímenes de *lesa* humanidad. El feminicidio es el genocidio contra mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres”. LAGARDE, Marcela, «Claves feministas en torno al feminicidio», en: MOLINA BAYÓN, Estefanía y SAN MIGUEL ABAD, Nava (Ed.), *Nuevas líneas de investigación en género y desarrollo, Cuadernos Solidarios No 3*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, pp.215-216. Cuando Carlos Sotomayor, miembro de la Academia Mexicana de la Lengua, solicitó la incorporación del término “feminicidio” en el diccionario, argumentó que sus raíces están en la forma latina “fēmina” y la forma abreviada de su genitivo “fēminae”, que sería “fēmin(-a)”, no “fēm(-ina)”. También recomendó que el término fuese considerado tanto por su idoneidad léxica como desde la perspectiva de su relevancia social. Activistas feministas en México también han usado el término “femicidio” como traducción de la conceptualización de Jill Radford y Diana Russell. RADFORD, Jill y

tiempo, lo social, lo económico y lo político. Como expresa Cynthia Cockburn, “considerar un momento en este flujo en ausencia del siguiente es arbitrario”<sup>42</sup>. Jacqui True y Maria Tanyag subrayan que reconocer las interconexiones entre formas de violencia es particularmente importante dadas las narrativas de crisis que tienden a “aislar la violencia física de desigualdades estructurales más amplias y discriminación simbólica”<sup>43</sup>. También proponen analizar las “capas” diferentes en las que sucede la violencia, interrogando las violencias mutuamente constitutivas en el hogar, las comunidades, el Estado y a nivel global. La violencia económica, por ejemplo, atraviesa todas estas capas.

El EIGE define la *violencia económica* como “cualquier acto o comportamiento que causa daño económico a un individuo”, pudiendo tomar la forma “por ejemplo, de daño a la propiedad, restricción de acceso a recursos financieros, a educación o al mercado de trabajo, o no cumplir con responsabilidades económicas, como la pensión alimenticia”. Al respecto, el instituto europeo también incide en la importancia de reconocer que “la violencia de género puede ser normalizada y reproducida debido a desigualdades estructurales, como normas sociales, actitudes y estereotipos en torno al género en general y a la violencia contra las mujeres en particular”, subrayando el papel a la hora de explicar la prevalencia de la VG de la “violencia estructural o institucional, que puede definirse como la subordinación de las mujeres en la vida económica, social y política”<sup>44</sup>. Si bien es necesario distinguir las diferentes formas y manifestaciones de la VG, entre ellas la violencia económica, también es importante considerar las interconexiones entre los diferentes ámbitos y capas de violencias, y no excluir, al estudiar la violencia y la seguridad, sus determinantes económicos o, por ejemplo, el papel que juega la violencia en la constitución del valor<sup>45</sup>. La combinación género, violencia y economía genera unas determinadas prácticas de poder en las relaciones internacionales<sup>46</sup>.

Por otro lado, Laura Shepherd subraya la vertiente disciplinante de la VG<sup>47</sup>. Define esta violencia como el castigo por la transgresión de normas de género, como parte de la representación diaria de un orden de género naturalizado e inscrito en contextos históricos y culturales específicos. Shepherd defiende conceptualizar la VG como consecuencia (“*gendered*”) y causa (“*gendering*”) del género. Para ello, propone emplear la idea de la *reproducción violenta del género*, que permite considerar todas las violencias que disciplinan el género. “Las compren-

---

RUSSELL, Diana E. H., *Femicide: The Politics of Woman Killing*, Nueva York, Twayne, 1992. Sin embargo, el término ha sido reinterpretado en sus viajes por América Latina y adaptado a contextos locales. Marcela Lagarde defiende el uso de la forma “feminicidio” para distinguirla de “femicidio”, que sería el homólogo de homicidio y significa “homicidio de mujeres”. ATENCIÓ, Graciela (Ed.), *Feminicidio. El asesinato de mujeres por ser mujeres*, Madrid, Catarata, 2015, pp.17-28.

42 COCKBURN, Cynthia, «The continuum of violence: A gender perspective on war and peace», en: GILES, Wenona y HYNDMAN, Jennifer (Ed.), *Sites of violence: gender and conflict zones*, Berkeley, CA, University of California Press, 2004, p.43.

43 TRUE y TANYAG, *op. cit.*, pp.15-26.

44 Ver Página Web EIGE, Forms of violence: <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/forms-of-violence>.

45 GRIFFIN, Penny, «Gender and economic violence», en: SHEPHERD, Laura J. (Ed.), *Handbook on gender and violence*, Cheltenham, Elgar, 2019, p.341.

46 SHEPHERD, Laura J., *Gender, violence and popular culture: telling stories*, London, Routledge, 2013, p. 7.

47 SHEPHERD, *Gender, violence, and security, op.cit.*

siones sociales del género nunca están *fijadas*, lo cual significa que el género necesita reproducirse por cualquier medio, violento si es necesario”<sup>48</sup>.

Si la noción del *continuum* expone la línea que dibujan las violencias de género y la idea de reproducción violenta del género expresa la relación de esta violencia con la emergencia y el mantenimiento del orden de género, el concepto de *violencia de género cotidiana* transmite su naturaleza “no excepcional” y “habitual”<sup>49</sup>. Esta propuesta es particularmente útil para entender y examinar la responsabilidad respecto a la VG por parte de los Estados e instituciones que infligen austeridad. Refleja que la violencia “no está limitada a daño físico o corporal, tampoco es siempre instrumental. La violencia puede ser estructural y la violencia se puede ejercer sobre la forma de estar en el mundo de una persona, así como sobre el cuerpo”<sup>50</sup>. Este enfoque reconoce el carácter estructural de la VG y, al mismo tiempo, permite problematizar los Estados e instituciones internacionales como agentes de violencia insertos en estructuras<sup>51</sup>. Políticas de austeridad como la desinversión en políticas sociales o infraestructura pública ejercen presión sobre lugares de violencias cotidianas como el hogar o el empleo, convirtiendo a sus promotores y ejecutores en agentes de violencia. Este tipo de políticas van necesariamente acompañadas de discursos que estereotipan y desestiman o minimizan demandas por la igualdad, lo cual deriva en un auge del conservadurismo y una defensa de los roles tradicionales de género, de nuevo exacerbando inseguridades de género.

### III. LA INSEGURIDAD COTIDIANA Y LA ECONOMÍA POLÍTICA INTERNACIONAL

“Estados seguros a menudo contienen mujeres inseguras”<sup>52</sup>. La percepción de que los Estados en los que no hay conflictos armados abiertos son seguros, a pesar de que existan inseguridades como altos niveles de desempleo, precariedad, trabajo informal o pobreza, tiene mucho que ver con la comprensión dominante de la seguridad, tanto en la esfera política como en el ámbito académico, especialmente en RRII. Tradicionalmente, el estudio de la seguridad en esta disciplina ha abordado la guerra y el conflicto interestatal, centrándose en la seguridad del Estado en un sistema internacional anárquico, en lugar de la seguridad de los individuos y del medio ambiente<sup>53</sup>. Este enfoque desvía la atención del papel que deberían jugar los Estados e instituciones internacionales en garantizar la seguridad de las personas. Ignora amenazas a la seguridad como la desigualdad, la pobreza o la exclusión, así como su relación con procesos internacionales como las crisis y reestructuraciones económicas. Al mismo tiempo, no toma

48 Íbid., p. 50, énfasis en el original.

49 INNES, Alexandria J. y STEELE, Brent J., «Gender and Everyday Violence», en: GENTRY, *The Routledge Handbook of Gender and Security*, op. cit.

50 Íbid., p.152.

51 Íbid.

52 SJOBERG, Laura, «Introduction to Security Studies: Feminist contributions», *Security Studies*, núm. 18, 2009, p.198.

53 TICKNER, J. Ann, «Rethinking the State in International Relations: A Personal Reflection», en: PARASHAR, Swati et al. (Ed.), *Revisiting Gendered States. Feminist Imaginings of the State in International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p.22.

en consideración los individuos y comunidades vulnerabilizadas y más afectadas por estas amenazas<sup>54</sup>. La marginalización en el estudio de la seguridad internacional de las violencias que enfrentan las mujeres “cuando no se ha declarado una guerra, y la vida sigue en un estado de hostilidades diarias” implica una falta de reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, y de las mujeres como seres humanos<sup>55</sup>, así como una despolitización de estas violencias.

De hecho, las experiencias de las mujeres y las teorizaciones feministas en base a las mismas contestan las divisiones ficticias entre público y privado, guerra y paz, normalidad y excepcionalidad, que informan las comprensiones clásicas de la violencia y la seguridad en las RRII<sup>56</sup>. Las RRII feministas contestan la idea del Estado como garante de la seguridad<sup>57</sup> y profundizan en el análisis del mismo, poniendo de manifiesto la contradicción entre su papel en la promoción de los derechos humanos de las mujeres y como mecanismo esencial en la reproducción de las estructuras patriarcales que sostienen, y son sostenidas por, la VG<sup>58</sup>. En efecto, los discursos sobre género, violencia y seguridad en la política internacional y en el ámbito académico han generado tradicionalmente concepciones que inciden en la devaluación de lo femenino a través de construcciones esencialistas de las mujeres, que ignoran el carácter disciplinante de la VG, que representan lo internacional como una esfera separada de aquella en la que se produce el conflicto sin cuestionar el papel de la comunidad internacional como proveedora de seguridad, y que, en definitiva, reproducen órdenes políticos inseguros. Incluso instrumentos internacionales contra la VG como la DEVAW no cuestionan que algunos gobiernos o élites pueden perpetrar y perpetuar activamente la VG como parte de su estrategia de poder. Este texto utiliza “un lenguaje persuasivo más que imperativo”, que expresa la priorización de la soberanía de los Estados y su organización interna por encima de las normas internacionales, sin considerar sanciones, por ejemplo, para aquellos Estados que incumplan<sup>59</sup>. La posibilidad de ratificar la CEDAW con reservas manda un mensaje similar.

Esta contradicción se evidencia claramente en el ámbito económico. Para Alberto Godenzi, “el control sobre el ingreso y la posesión, es decir, sobre el poder económico es no solo la variable principal que afecta la igualdad de género, sino que es, lógicamente, la misma fundación de la violencia contra las mujeres”<sup>60</sup>. Efectivamente, tanto la Asamblea General de la ONU en

---

54 SJOBERG, *Gender and International Security*, *op.cit.*, pp.4-5; SJOBERG, «Introduction to Security Studies», *op. cit.*, pp.183-213.

55 MACKINNON, Catharine A., «Rape, Genocide, and Women’s Human Rights», *Harvard Women’s Law Journal*, vol.17, 1994, pp.5-6.

56 Íbid., p.5; YADAV, Punam y HORN, Denise M., «Continuums of violence. Feminist peace research and gender-based violence», en: VÄYRYNEN, Tarja *et al.* (Ed.), *Routledge Handbook of Feminist Peace Research*, London, Routledge, 2021.

57 SHEPHERD, *Gender, violence, and security*, *op.cit.*; SJOBERG, Laura, *Gender and International Security*, *op.cit.*; D’COSTA, Bina, «Gender Justice and (In)security in Pakistan and Afghanistan», *Postcolonial Studies*, vol.19, núm.4, 2016, pp.409-426.

58 PARASHAR, Swati *et al.*, *op. cit.*, p. 2.

59 SHEPHERD, Laura J., «Loud Voices Behind the Wall: Gender Violence and the Violent Reproduction of the International», *Millennium*, vol.34, núm.2, 2006, pp.377-401.

60 GODENZI, Alberto, «Determinants of culture: Men and economic power», en: BREINES, Ingeborg *et al.* (Ed.), *Male roles, masculinities and violence. A culture of peace perspective*, Paris, UNESCO, 2000, p.36.

sus resoluciones sobre violencia contra las mujeres como la Convención de Estambul, como veíamos, reconocen la relación entre violencia y el acceso a recursos, e inciden en la importancia de la igualdad de género para la erradicación de la VG. Esta relación entre violencia y desigualdad, no obstante, es fundacional, y por tanto la normativa internacional sobre VG resulta ineficaz y limitada en su alcance si no va acompañada de políticas económicas alternativas. Por un lado, si bien el régimen internacional sobre VG sugiere la relevancia de la (desigual) economía internacional en el abordaje de esta violencia estructural, subestima esta relación bidireccional, es decir, el papel de la violencia en la constitución y mantenimiento de un orden de género desigual que posibilita el “buen” funcionamiento de la economía política internacional. Al mismo tiempo, y como consecuencia de esta falta de profundidad, las instituciones internacionales no proponen soluciones para la violencia que impliquen transformar la economía política internacional, tal y como sugieren planteamientos feministas.

La política para el desarrollo del Banco Mundial es un buen ejemplo de esta contradicción. En coherencia con el paradigma neoliberal dominante, esta organización adopta una visión “empresarial” del desarrollo para las mujeres, promoviendo un “empoderamiento económico” individual, con esquemas de financiación como microcréditos, por encima de iniciativas para garantizar recursos públicos de manera colectiva<sup>61</sup>. El Informe Anual del Banco para 2022 vinculaba de nuevo el empoderamiento de las mujeres con el “crecimiento”, subrayando el papel en el mismo del “sector privado” y la “competitividad en los mercados”. Persiste en claves como la “capacitación”, “desarrollar habilidades para obtener empleo en sectores clave” y financiación para “mujeres emprendedoras”, dando ayudas, por ejemplo, a empresas propiedad de mujeres en países en desarrollo<sup>62</sup>. Si bien garantizar el acceso al crédito y la inclusión de las mujeres en la economía productiva es importante, también en términos de seguridad, este enfoque del desarrollo pone la responsabilidad de su situación económica en las propias mujeres. Asume que una mayor movilización de mujeres como fuerza laboral es por sí sola un indicador de desarrollo e ignora su papel en la economía reproductiva no asalariada, o la precariedad, e inseguridad, del mercado laboral para las mujeres<sup>63</sup>. El Informe de 2022 presenta las mujeres como “personas pobres y vulnerables”, se preocupa “especialmente” por las mujeres en “comunidades vulnerables y marginadas”, pero no explora esta situación como resultado de una posición de desigualdad por género para buscar revertirla. Cuando se refiere a la VG tampoco la conecta con esta posición, sino que adopta un enfoque de prevención y educación<sup>64</sup>. Esta visión del desarrollo no pone el foco en la desinversión en políticas públicas y, en general, el recorte de la función pública relacionado con la austeridad y la forma en que estas políticas afectan a las mujeres, sino que conecta con el lenguaje neoliberal de eficiencia de lo privado e ineficiencia de lo público que profundiza en las inseguridades diarias de las mujeres<sup>65</sup>.

61 RAI, Shirin M., «Gender and development», en: ELIAS y ROBERTS, *Handbook on the international political economy of gender*, *op. cit.*, pp.142-158.

62 BANCO MUNDIAL, *Informe anual 2022. Ayudar a los países a adaptarse a un mundo cambiante*, Washington, Banco Mundial, 2022, <https://www.bancomundial.org/es/about/annual-report#anchor-annual>.

63 RAI, «Gender and development», *op.cit.*, pp.142-158.

64 BANCO MUNDIAL, *op.cit.*

65 Ver: RAI, «Gender and development», *op. cit.*



En efecto, a pesar de que las mujeres se han organizado y han resistido de múltiples formas las inseguridades de género que confrontan en la era de la globalización neoliberal<sup>66</sup>, los marcos normativos citados inciden más en *hacer* vulnerables a las mujeres que en su rol activo de resistencia y transformación. Propuestas feministas contra la VG críticas con el uso de legislación autoritaria, por ejemplo, han puesto sobre la mesa la lógica colonial del complejo industrial penitenciario, denunciando la posible complicidad en este sentido del punitivismo neoliberal como solución frente a la prevalencia de la VG<sup>67</sup>. Aya Gruber señala la necesidad de resistir este impulso punitivista que va acompañado de narrativas victimizadoras y dependencia respecto a autoridades penales, y propone, en su lugar, una redistribución de recursos feministas financieros, académicos y políticos, de programas penitenciarios ineficaces en la búsqueda de igualdad y justicia de género, hacia propuestas alternativas contra la VG y contra el encarcelamiento en masa<sup>68</sup>. La marginalización de propuestas feministas de este tipo para transformar el sistema socioeconómico como clave para la seguridad de las mujeres es otra forma de devaluación. Las feministas en RRII insisten en el origen estructural de la violencia y proponen la transformación de los modelos económicos hacia economías inclusivas y sostenibles como solución para evitar la guerra y la violencia contra las mujeres<sup>69</sup>.

Las Instituciones Económicas Internacionales (IEI), no obstante, tampoco integran este enfoque ni estas propuestas. Como veremos en el siguiente apartado, de hecho, las IEI juegan incluso un papel proactivo en la (re)producción de inseguridades de género con su diseño de políticas de reajuste frente a las crisis del capitalismo guiadas por lógicas de austeridad. En concreto, la teorización de la acumulación primitiva en los estudios marxistas, feministas y postcoloniales, y la revitalización más reciente de esta agenda desde estas corrientes, ponen de manifiesto la profunda contradicción que señalaba Segato, entre la lucha contra la VG y la economía política global, y la resistencia por tanto a la implementación de soluciones concretas. Estas teorías permiten explorar la forma en que opera la austeridad en términos de violencia e inseguridad de género, profundizando en tres lógicas interconectadas: desposesión, devaluación y disciplina.

#### **IV. ACUMULACIÓN POR DESPOSESIÓN: LAS LÓGICAS VIOLENTAS DE LA AUSTERIDAD**

Marx denominó *acumulación primitiva* al periodo entre los siglos XV y XVI en el que se produjeron las primeras transformaciones hacia un sistema capitalista. Esta fase inicial se va a caracterizar por una apropiación masiva de recursos naturales y fuerza de trabajo por parte de las clases europeas dominantes. Las formas de producción y relaciones sociales pre-capi-

---

66 MOGHADAM, Valentine M., *Globalizing Women*, Baltimore, Johns Hopkins University Press Books, 2005.

67 Ver: GRUBER, Aya, «Colonial carceral feminism», en: CUNNEEN, Chris *et al.*, (Ed.), *The Routledge International Handbook on Decolonizing Justice*, New York, Routledge, 2023, pp.235-246.

68 GRUBER, Aya, *The Feminist War on Crime: The Unexpected Role of Women's Liberation in Mass Incarceration*, Berkeley, University of California Press, 2021.

69 COHN, Carol y DUNCANSON, Claire, «Create Just, Inclusive Feminist Economies to Foster Sustainable Peace», en: MACKENZIE, Megan y WEGNER, Nicole (Ed.), *Feminist Solutions for Ending War*, London, Pluto Press, 2021, pp.181-199.

talistas serían desplazadas a base de violencias a gran escala<sup>70</sup>. Tanto en Europa como en los territorios colonizados conllevó expropiaciones y privatizaciones de tierra, desplazamientos forzados de campesinado, apropiación de bienes comunes y transformación en propiedad privada, mercantilización de la fuerza de trabajo y destrucción de formas previas (alternativas) de producción y consumo, tráfico y esclavización de personas, monetización e imposición de impuestos, e introducción del sistema de crédito<sup>71</sup>. Para Isabella Bakker y Stephen Gill, la “acumulación primitiva constituye, en efecto, expropiación/desposesión de medios de subsistencia para comunidades locales y productores primarios”<sup>72</sup>.

Tal y como han expuesto las feministas marxistas, esta fase en el desarrollo histórico del capitalismo resultó en una división internacional sexual del trabajo que conllevó expropiaciones, jerarquías y exclusiones racializadas y de género<sup>73</sup>. De manera crucial, esta división se produjo, más que en cuanto al contenido, en lo que respecta a la calidad del trabajo. Implicó diferentes tipos de relaciones laborales, contratos y condiciones de trabajo, formas de organización diversas y mecanismos de coerción diferenciados. Emergió una “relación diferente con el tiempo y la violencia, y diferentes relaciones de dependencia” entre grupos sociales<sup>74</sup>. A través de un proceso de “domesticación”<sup>75</sup>, las mujeres fueron gradualmente relegadas al espacio privado del hogar y desposeídas de recursos económicos y sociales, excluidas del trabajo asalariado y del acceso al dinero. Cualquier tarea comúnmente desarrollada por las mujeres fue devaluada, resultando en una feminización de la pobreza<sup>76</sup>.

Este periodo de acumulación primitiva vino acompañado de una violencia extrema y masiva. Tomó la forma del secuestro y esclavización de personas en África y de las denominadas “cazas de brujas” en Europa, posteriormente exportadas a las colonias. Para Maria Mies, de hecho, existe una relación entre la (super)explotación de las mujeres, las colonias y la naturaleza. La exclusión del trabajo productivo supone una externalización de costes que de otra manera deberían ser cubiertos por la clase capitalista. En ese proceso, el trabajo de las mujeres pasa a ser considerado un recurso natural y la relación con el mismo es de apropiación<sup>77</sup>. Desde este enfoque, la proletarización de los hombres conllevó su “humanización”, aunque ilusoria<sup>78</sup>, y la “naturalización” de las periferias, constituidas por las colonias y las mujeres. La “domesticación” de estas últimas resultó en una apropiación y un control disciplinario de su

70 MARX, Karl, *El capital. Libro I: Crítica de la Economía política. El proceso de producción del capital*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

71 HARVEY, David, *The New Imperialism*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

72 BAKKER, Isabella y GILL, Stephen (Ed.), *Power, Production and Social Reproduction: Human In/Security in the Global Political Economy*, Palgrave Macmillan, 2003, p.4.

73 MIES, Maria, *Patriarchy and Accumulation on a World Scale: Women in the International Division of Labour*, London, Zed Books Ltd., 2014 [1986], p.2.

74 BENNHOLDT-THOMSEN, Veronika, «The future of women’s work and violence against women», en: MIES, Maria et al. (Ed.), *Women: The Last Colony*, London, Zed Books, 1988, p.120.

75 MIES et al., *op. cit.*

76 FEDERICI, Silvia, *Caliban y la Bruja: Mujeres, Cuerpo y Acumulación Originaria*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2010.

77 MIES, *Patriarchy and Accumulation on a World Scale, op. cit.*

78 VON WERHOLF, Claudia, «On the concept of nature and society in capitalism», en: MIES et al., *op. cit.*, p. 109.

sexualidad y productividad, ejecutado a través de una “guerra contra las mujeres” que asoló Europa en la forma de persecución política, torturas y ejecuciones públicas a lo largo de al menos tres siglos<sup>79</sup>.

En las últimas dos décadas, se ha producido un reenganche con el planteamiento marxista sobre la acumulación primitiva. Estos trabajos señalan, no obstante, que no se trataría de una única fase inicial, sino que la desposesión violenta sería un aspecto de la acumulación que se repite en cada etapa del capitalismo y, en particular, en la era de la globalización neoliberal<sup>80</sup>. Conectando con este enfoque, la doctrina económica de la austeridad puede entenderse como un instrumento recurrente de reestructuración capitalista, en las últimas décadas hacia marcos neoliberales. Esta combinación de políticas socioeconómicas (re)produce y exacerba violencias de género e inseguridades cotidianas. Para desentrañar esta correlación, distinguimos tres lógicas violentas de la austeridad: desposesión, devaluación y disciplina.

## 1. Desposesión

David Harvey ha renombrado la forma contemporánea de la acumulación primitiva como *acumulación por desposesión*<sup>81</sup>. Este proceso se pone en marcha en periodos de sobreacumulación o crisis del capitalismo, como la que tuvo lugar a comienzos de la década de 1970. El proyecto neoliberal de privatización que se lanza en esta época, según Harvey, puede entenderse como un intento de solventar esta crisis. Al igual que los cercamientos de tierras entre los siglos XV y XVI, la desposesión contemporánea conlleva liberar bienes anteriormente públicos como agua, educación, transporte, vivienda social o sanidad, en manos de capital privado sobreacumulado. Tal y como ocurrió con el conocimiento de las mujeres sobre el control de la reproducción, la forma neoliberal de este proceso también supone apropiación y supresión de conocimiento y cultura comunitaria<sup>82</sup>.

En este contexto de neoliberalización, durante la década de 1980 la política de austeridad se expandió en países del Sur en la forma de los Programas de Ajuste Estructural (PAE) del FMI y el Banco Mundial. Estas intervenciones estaban dirigidas a reconfigurar estos estados de cara a facilitar inversión privada y acumulación, y por tanto expansión del mercado<sup>83</sup>. De hecho, la doctrina de austeridad se ha descrito como un “zombie económico” y experiencias históricas han demostrado su incapacidad para mejorar situaciones de recesión y crisis de deuda<sup>84</sup>. El retorno persistente de la austeridad puede entenderse más como un intento de profundizar en el proyecto neoliberal que como una receta verificada para responder ante una crisis económica. Como tal, más que medidas (específicas) coyunturales en tiempos excepcionales,

---

79 MIES, Maria, «Social origins of the sexual divisions of labour», en: MIES, Maria *et al.* (Ed.), *Women: The Last Colony*, London, Zed Books, 1988, pp.65-95; FEDERICI, Silvia, *Witches, Witch-Hunting, and Women*, Oakland, California, PM Press, 2018.

80 HARVEY, *op.cit.*, pp.142-146; FEDERICI, *Caliban y la Bruja, op.cit.*, pp.125-126.

81 HARVEY, *op.cit.*, p. 144.

82 *Ibid.*, pp. 149-150.

83 BAKKER y GILL, *Power, Production and Social Reproduction, op. cit.*

84 BLYTH, *op.cit.*

esta estrategia puede describirse como una reestructuración (amplia) permanente de las relaciones sociales. En efecto, el “neoliberalismo tiene mucho más que ver con la reorganización de las relaciones sociales y formaciones de estados en torno a parámetros desiguales y coercitivos que con la creación o desarrollo de ‘libre’ mercados”<sup>85</sup>. La oposición y las luchas por la supervivencia que provocan estas políticas expresan la contradicción fundamental entre la acumulación global del capital bajo marcos neoliberales y condiciones progresivas de reproducción social, tanto de los cuerpos como de la biosfera<sup>86</sup>.

Gargi Bhattacharyya incide precisamente en la desposesión de los medios de *reproducción social*<sup>87</sup>, entendida ésta como “la reproducción biológica de las especies (y de hecho su marco ecológico), así como la constante reproducción de la mercancía fuerza de trabajo. Además, (...) incluye instituciones, procesos, y relaciones sociales asociadas con la creación y mantenimiento de comunidades – y sobre la cual descansa en última instancia toda producción e intercambio”<sup>88</sup>. Según Bhattacharyya, la categorización de actividades humanas como “trabajo” y “no trabajo” conceptualizada por el feminismo marxista también constituye el centro operativo del capitalismo racial, agenda en la que han profundizado los estudios postcoloniales en RRII. El capitalismo racial genera, de manera violenta, una determinada distribución de oportunidades y logros económicos, que viene acompañada de una consignación de mayor o menor estatus y de culturas de desigualdad que perpetúan una discriminación y desventaja sistemática en ámbitos laborales. La violencia racializada funciona, de manera similar a la VG, como “telón de fondo de la expansión capitalista” y como fuente de valor. Pero Bhattacharyya subraya que, además de generar exclusiones (violentas) del trabajo asalariado formal o relegar a grupos de personas a trabajos con menor salario o menor estatus, el capitalismo racial condiciona también los procesos de reproducción social en hogares, comunidades o barrios. En el contexto actual, estos grupos –los relegados a las fronteras del trabajo asalariado, a exclusiones periódicas o a posiciones subordinadas– encuentran acceso limitado a recursos y crecientes dificultades para hacerse con los medios de vida necesarios<sup>89</sup>, lo cual genera inseguridades de género diarias.

México es un ejemplo paradigmático del alcance de esta desposesión bajo políticas de austeridad neoliberales, las inseguridades de género asociadas y la responsabilidad en este sentido de Estados e instituciones internacionales. En el marco de la crisis de deuda externa y la declaración de suspensión de pagos en 1982, el gobierno mexicano implementó PAEs orientados a la contracción del sector público, privatización de bancos e industrias estatales, desinversión de programas estatales de agricultura y la resultante privatización de granjas familiares, eliminación de aranceles y restricciones a la inversión, y desregulación de las industrias, todo ello

85 BRUFF, Ian y WÖHL, Stefanie, «Constitutionalizing Austerity, Disciplining the Household – Masculine Norms of Competitiveness and the Crisis of Social Reproduction in the Eurozone», en: HOZIĆ y TRUE, *op. cit.*, p.93.

86 BAKKER, Isabella y GILL, Stephen, «Rethinking power, production, and social reproduction: Toward variegated social reproduction», *Capital & Class*, vol.43, núm.4, 2019, pp.503-523.

87 BHATTACHARYYA, Gargi, *Rethinking Racial Capitalism: Questions of Reproduction and Survival*, London, Rowman & Littlefield, 2018, pp.31-32.

88 BAKKER y GILL, *Power, Production and Social Reproduction*, *op. cit.*, pp.17-18.

89 Íbid.

de acuerdo a las estrategias de liberalización de mercado favorecidas por el FMI y el Banco Mundial<sup>90</sup>. En el marco de esta reconfiguración económica, México entró en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) en 1992 y la *maquiladora* tomó una relevancia estratégica a nivel nacional<sup>91</sup>, generando un modelo de industrialización precarizada que ha tenido consecuencias desastrosas para la seguridad de las mujeres. Organizaciones de derechos humanos y movimientos sociales han denunciado la responsabilidad del Estado en la falta de protección de las mujeres en Ciudad Juárez desde entonces. Deborah Weissman también apunta al papel de las IEI y subraya el debilitamiento de los estándares laborales internacionales y las leyes nacionales del trabajo a raíz de los condicionantes de los PAE, como un área de intervención crucial para atajar este problema de inseguridad de género<sup>92</sup>.

Estas inseguridades se manifiestan, por ejemplo, en la correlación que existe entre el aumento de la violencia íntima de pareja y altos niveles de estrés económico en el hogar como resultado del desempleo y la precariedad derivadas de la austeridad<sup>93</sup>. En el caso de Ciudad Juárez, los niveles de violencia doméstica han aumentado fuertemente desde la entrada de México en el TLCAN. También los feminicidios sistemáticos comenzaron en este periodo. La combinación de políticas socioeconómicas expuesta, de hecho, creó un escenario extremadamente inseguro en la frontera norte de México<sup>94</sup>. El esquema de industrialización precarizada centrado en la maquila conllevó un modelo de contratación –en su mayoría de mujeres y muchas de ellas en situación de migración– como mano de obra barata no cualificada y sujetas a prácticas discriminatorias y deshumanizadoras en el ámbito laboral. Al ser una ciudad grande con una alta concentración de maquilas, Ciudad Juárez atraía anualmente decenas de miles de personas del resto del país en busca de trabajo, más recientemente, también de otros países centroamericanos como El Salvador, Guatemala y Honduras<sup>95</sup>. Este modelo de industrialización, unido a una alta migración, ha resultado en viviendas e infraestructura no habitables e insalubres. Los PAE requirieron privatización del transporte, la salud, la educación, las pensiones y los programas sociales, conllevando esquemas inadecuados e inasequibles para cubrir las necesidades básicas. Esto se agravó con las exenciones de aranceles derivadas del TLCAN, que limitaron las opciones de financiación. Las actividades delictivas y criminales también aumentaron como resultado del efecto combinado de un alto desempleo y un incremento del comercio fronterizo con el TLCAN<sup>96</sup>.

Con la crisis de 2008, la austeridad también se convierte en uno de los proyectos hegemónicos en Europa. Los paquetes de préstamos gestionados por el FMI, la Comisión Europea y el Ban-

---

90 WEISSMAN, Deborah M, «The Political Economy of Violence: Toward an Understanding of the Gender-Based Murders of Ciudad Juarez», *North Carolina Journal of International Law*, vol.30, núm.4, 2004, pp.795-868.

91 SKLAIR, Leslie, *Assembling for Development: The Maquila Industry in Mexico and the United States*, Abingdon, Routledge, 2011; WEISSMAN, *op.cit.*

92 WEISSMAN, *op.cit.*

93 TRUE, *The Political Economy of Violence against Women*, *op.cit.*, p. 105.

94 WEISSMAN, *op.cit.*

95 CROSSA, Mateo y EBNER, Nina, «Esto sucede en Ciudad Juárez: Militarización, maquilas y antiinmigración», *Viento Sur*, noviembre 2019, <https://vientosur.info/esto-sucede-en-ciudad-juarez-militarizacion-maquilas-y-antiinmigracion/>.

96 WEISSMAN, *op. cit.*

co Central Europeo (BCE) desde 2010 fueron aprobados bajo condiciones similares a los PAE de los ochenta: minimización del déficit fiscal, la inflación y los aranceles, y maximización de privatizaciones y liberalización de las finanzas<sup>97</sup>. Las políticas de recorte en gasto público, flexibilización del mercado laboral y privatización en el contexto europeo no derivaron en una “domesticación”, en cuanto a que las mujeres no fueron relegadas únicamente al hogar<sup>98</sup>. Vivieron, sin embargo, una combinación de absorción de trabajo de cuidado abandonado por políticas públicas y mayor precariedad en el mercado laboral asalariado. Esta combinación implica una estructuración del tiempo de las mujeres considerando la responsabilidad en el cuidado. Más que acceso al empleo, esta doble función impide acceso a la profesionalización, al empleo indefinido, seguro y bien pagado<sup>99</sup>. Supone una mayor proporción de mujeres en trabajo temporal, a tiempo parcial e informal, limitando el acceso a seguridad social y creando inseguridades de género que se agravan con otros factores como la raza o la edad.

Las condiciones deterioradas del mercado laboral asalariado reflejan, de hecho, un proceso de *feminización*, a través del cual la incorporación de mujeres al trabajo productivo, especialmente en contextos de crisis y austeridad en los que a menudo las mujeres se convierten en el principal sostén económico del hogar debido al desempleo masculino, se produce en condiciones de precariedad. En relación a este proceso, hay una tendencia del mercado laboral asalariado hacia estas condiciones precarizadas, que afecta a grupos vulnerabilizados, además de mujeres, a jóvenes, personas migrantes o población con escasos recursos en general. Como resultado del deterioro del mercado laboral, se produce también un aumento de la actividad económica informal que está asociada a falta de seguridad<sup>100</sup>.

Al mismo tiempo, el escenario de inseguridad asociado al mercado laboral se agrava con la desposesión de medios de reproducción social en un contexto además de absorción de trabajo de cuidado abandonado por el Estado. Una vía de acumulación por desposesión contemporánea ha sido la financiarización de ámbitos como la vivienda, esquemas de pensiones privados, sanidad privatizada o provisión privada de cuidado para dependientes, que, en el contexto europeo de austeridad, si bien tenía cierto recorrido desde la década anterior, se intensifica tras la crisis de 2008. Las hipotecas y los créditos se convierten en formas privatizadas de provisión social, ámbito que se externaliza así al mercado<sup>101</sup>. El traslado de la crisis a los hogares a través del mecanismo de austeridad incrementa la inseguridad de género debido a un contexto de mayor precariedad e informalización del trabajo que se combina con una responsabilidad de las mujeres en un ámbito “privado” y especialmente inseguro dadas presiones y estrecheces económicas<sup>102</sup>.

---

97 BLYTH, *op. cit.*, pp. 30, 313-319.

98 WALBY, *op. cit.*

99 BENNHOLDT-THOMSEN, *op. cit.*, pp.123-128.

100 PETERSON, «Gendering insecurities, informalization, and ‘war economies’», *op.cit.*, pp.53-58.

101 WÖHL, Stefanie, «The Gender Dynamics of Financialization and Austerity in the European Union—The Irish Case», en: KANTOLA, Johanna y LOMBARDO, Emanuela (Ed.), *Gender and the Economic Crisis in Europe: Politics, Institutions and Intersectionality*, Cham, Springer International Publishing, 2017, pp.139-159.

102 TRUE, Jacqui, «Feminism», en: BURCHILL, Scott *et al.* (Ed.), *Theories of International Relations*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p.224.

## 2. Devaluación

La otra cara de la desposesión es la devaluación. En el ámbito del empleo, la expropiación de recursos (salarios o condiciones laborales dignas) va acompañada de una devaluación del propio trabajo y de las personas que lo realizan. En este proceso, la austeridad facilita y condona prácticas que estereotipan y devalúan a las mujeres en el empleo. Según Weissman, las mujeres trabajadoras en el sector de la maquila en la frontera norte de México son representadas como mujeres irresponsables que han ido a Ciudad Juárez por diversión, “victimizadas primero por atribución y luego por actos de violencia”<sup>103</sup>. Mecanismos como la *estereotipación* permiten, en palabras de Cynthia Enloe, *hacer* barato el trabajo de las mujeres<sup>104</sup> y, al mismo tiempo, devalúan su posición social y les pone en riesgo de sufrir VG, porque las construcciones de las mujeres como inferiores hacen de la VG “tanto aceptable (...) como invisible”<sup>105</sup>.

Las prácticas diferenciadoras de la acumulación por desposesión, la categorización de “trabajo” y “no trabajo” y la naturalización del trabajo de las mujeres, determinan la posición social, conllevan una asignación de valor y una consignación de mayor o menor estatus<sup>106</sup>. El proceso de feminización del mercado laboral en contextos de crisis y austeridad también se traduce en devaluación, no solo del trabajo, sino también de las prácticas asociadas a los valores femeninos<sup>107</sup>. Igualmente, la devaluación de la reproducción social derivada de la desinversión neoliberal en este ámbito, ejecutada a través de la austeridad, degrada la posición social de las mujeres<sup>108</sup>. En la narrativa neoliberal de emergencia difundida por políticos y economistas en contextos de crisis, las políticas económicas son productivas, crean crecimiento, mientras que las políticas sociales – y la infraestructura relacionada, en áreas como la salud, educación y bienestar – son improductivas, únicamente sirven a la redistribución. Este relato prioriza el crecimiento económico y devalúa las políticas sociales, incluidas las relacionadas con la igualdad de género<sup>109</sup>. En situaciones de crisis, de hecho, las políticas sociales y de igualdad, en particular, incluidos programas contra la VG y para la protección de supervivientes, pasan a un segundo plano, con una caída de presupuestos para estas partidas.

A pesar de que la crisis de 2008 tuvo su origen en el ámbito privado, en concreto, en la banca y el sector financiero, la narrativa dominante culpó al sector público<sup>110</sup>. Los gobiernos europeos centraron el discurso en un exceso de gasto general. Este relato permitió transferir la responsabilidad por la crisis a la esfera pública y a los hogares, facilitando reajustes profundos en el Estado de

---

103 WEISSMAN, *op.cit.*, p.828.

104 ENLOE, Cynthia, *Globalization and militarism. Feminists make the link*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2007, pp.19-38.

105 TRUE, Jacqui, *The Political Economy of Violence against Women*, *op.cit.*, p.9.

106 FEDERICI, *Caliban y la Bruja*, *op.cit.*; BHATTACHARYYA, *op.cit.*; MIES, *Patriarchy and Accumulation on a World Scale*, *op. cit.*

107 PETERSON, «Thinking through intersectionality and war», *op.cit.*, pp.12-15.

108 FEDERICI, Silvia, «La Reproducción de la Fuerza de Trabajo en la Economía Global y la Inacabada Revolución Reminista», *Revolución en Punto Cero. Trabajo Doméstico, Reproducción y Luchas Feministas*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2013, pp.160-176.

109 PERRONS, Diane y PLOMIEN, Ania, «Gender, inequality and the crisis: towards more equitable development», en: KARAMESSINI y RUBERY, *op. cit.*, p.301.

110 BLYTH, *op.cit.*, pp.29-66.

bienestar y la reproducción social. La política de igualdad de género en la UE perdió relevancia, mandando el mensaje de que ésta no es prioritaria<sup>111</sup>. Como resultado de los recortes en servicios públicos, se produjo un balance a la baja entre el empleo público y privado, y las instituciones públicas dejaron de ser un ejemplo de condiciones laborales. En lugar de proveer servicios necesarios para la comunidad, se esperaba de ellas que fueran rentables. Este ataque y recorte de lo público produjo una devaluación que afecta a la posición social de las mujeres, como mayoría de trabajadoras en la función pública y como beneficiarias de políticas sociales<sup>112</sup>. A nivel discursivo, la austeridad refuerza la narrativa conservadora de la familia tradicional heteronormativa y el rol de las mujeres como garantes de la reproducción social, buscando la cobertura del trabajo de cuidado de manera gratuita por parte de la familia y en particular de las mujeres. Además, mientras que la crisis presiona los hogares, no reconoce esta responsabilidad. Por el contrario, el cuidado y el trabajo del hogar es devaluado, mientras que la identidad de masculinidad hegemónica corporativa, competitiva, es revalorizada como protagonista en la solución a la crisis<sup>113</sup>.

En la otra dirección del análisis, la devaluación, y la violencia que la acompaña, posibilitan la precariedad y la informalidad que caracteriza la economía global actual. Anna Carastathis ha puesto de manifiesto cómo las violencias racializadas y de género afianzaron la política de austeridad en Grecia después de 2010<sup>114</sup>. Expone las hostilidades en los discursos de austeridad que representan ciertos cuerpos como “vulnerables, precarios-incluso socialmente muertos”, mientras que otros se presentan como “elegibles”, con derecho a recursos, incluso aunque en la práctica sean económicamente desposeídos por medidas de austeridad. Carastathis describe la “dureza” y “escasez” de la austeridad, que naturaliza la hostilidad y la precariedad, así como la violencia sufrida por los “no elegibles”<sup>115</sup>. De igual forma, Nadya Ali y Ben Whitham han desentrañado cómo las élites políticas británicas en el contexto de austeridad post-2010 expusieron a violencias a la población musulmana británica, especialmente a mujeres musulmanas, al utilizar narrativas racistas y al explotar desigualdades estructurales que, al mismo tiempo, hacían de estos grupos sociales especialmente vulnerables a medidas de austeridad<sup>116</sup>. Estas narrativas sostienen la economía política de la austeridad, representando a estos grupos como “no merecedores”<sup>117</sup> de políticas y recursos públicos que deberían ser asignados a personas blancas. Esta clasificación violenta entre “merecedores” y “no merecedores” afianza tanto la política de recorte de servicios públicos como la ideología que facilita la misma<sup>118</sup>, con un efecto de devaluación y deshumanización de estos grupos en base a raza y género.

111 PEREA OZERIN, Iratxe, «El régimen europeo de género en tiempos de austeridad. Implicaciones en cuanto a violencia contra las mujeres», en: CORNAGO, Noé *et al.* (Ed.), *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 653-667.

112 KARAMESSINI y RUBERY, *op. cit.*, pp.333-342

113 BRUFF y WÖHL, *op.cit.*; HOZIĆ y TRUE, *op. cit.*

114 CARASTATHIS, Anna, «The Politics of Austerity and the Affective Economy of Hostility: Racialised Gendered Violence and Crises of Belonging in Greece», *Feminist Review*, vol.109, núm.1, 2015, p.4.

115 *Íbid.*

116 ALI, Nadya et WHITHAM, Ben, «Racial Capitalism, Islamophobia, and Austerity», *International Political Sociology*, vol. 15, núm.2, junio 2021, p.192.

117 SHILLIAM, Robbie, *Race and the Undeserving Poor: From Abolition to Brexit*, Newcastle upon Tyne, Agenda Publishing, 2018.

118 ALI y WHITHAM, *op. cit.*, p.192.



Para Mary Hawkesworth, en todos los casos, la feminización requiere subordinación<sup>119</sup>. Se ha definido como una “estrategia de poder” que conlleva prácticas de subordinación diseñadas para crear dependencia e indefensión<sup>120</sup>. Las RRII Feministas han enmarcado la feminización como un proceso de deshumanización y devaluación del enemigo en conflictos armados que también tiene un objetivo disciplinar<sup>121</sup>. Esta devaluación no solo resulta de violencia física contra ciertos cuerpos, sino también de discursos de seguridad que los ponen en peligro. La economía política opera de una manera similar, creando inseguridades de género mediante la victimización por atribución<sup>122</sup>, o a través de narrativas racistas y de género que permiten orientar la austeridad contra grupos sociales vulnerabilizados.

Judith Butler aborda estos procesos de deshumanización considerando las formas en que la pérdida de ciertas vidas produce más o menos dolor social, en función de las condiciones de vulnerabilidad en las que viven estas personas<sup>123</sup>. Algunas muertes son más o menos informadas, más o menos documentadas e investigadas que otras. Las muertes violentas de mujeres, en general, si es que se les da seguimiento, se acumulan en cifras. Las crónicas de feminicidios en la prensa son a menudo superficiales y se centran en si hubo denuncia previa. No se investiga el perfil del perpetrador o la trayectoria de la denuncia si la hubo, no inciden en responsabilidades políticas, en posibles faltas de recursos, negligencia o deficiencias de las políticas públicas, despolitizando así esta violencia y devaluando las vidas y muertes de las mujeres que la sufren. En España, la Ley Órgánica contra la Violencia de Género de 2004 considera la violencia contra las mujeres “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”<sup>124</sup>. Los feminicidios que se producían fuera de la violencia íntima de pareja, por tanto, no eran contabilizados como tales, generando una despolitización e impunidad social que devalúa aún más estas vidas y muertes. En septiembre de 2022, el Ministerio de Igualdad del Gobierno de España comenzó a dar estas cifras por primera vez, aportando una nueva clasificación de feminicidios: en la pareja o expareja, familiares, sexuales, sociales y vicarios. Cabe señalar que, según esas cifras, entre enero y junio de 2022, 19 mujeres habían sido asesinadas fuera del ámbito de la pareja y/o expareja, de los cuales 58% corresponden a feminicidios familiares<sup>125</sup>.

---

119 HAWKESWORTH, Mary, *Globalization and feminist activism*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2006.

120 KAUFMAN-OSBORN, Timothy V., «Gender relations in an age of neoliberal empire: Interrogating gender equality models», *Paper presented at the annual meeting of the Western Political Science Association*, Oakland, California, 19 de marzo 2005, 5, citado en HAWKESWORTH, *Globalization and feminist activism*, *op. cit.*

121 WILCOX, Lauren, «Gendering the ‘Cult of the Offensive’», en: SJOBERG, *Gender and International Security*, *op. cit.*, pp. 71-72.

122 WEISSMAN, *op. cit.*, p.828.

123 BUTLER, Judith, *Prekarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Londres, Verso, 2006.

124 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE nº 313, de 29/12/2004.

125 Ver: La Moncloa, “Igualdad presenta por primera vez los datos oficiales de feminicidios fuera del ámbito de la pareja y/o expareja”, <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/igualdad/Paginas/2022/120922-feminicidios.aspx>.

Esta devaluación y deshumanización de las mujeres explica que los Estados e IEI se permitan desoír la gravedad de la VG en sus políticas socioeconómicas, incluida la desinversión en programas para su erradicación en tiempos de austeridad. Estas lógicas violentas sostienen las políticas de austeridad y son, por tanto, reproducidas por las narrativas que acompañan este instrumento de reajuste, exacerbando violencias e inseguridades de género. Como señala Bhattacharyya, esto implica que “el capitalismo no puede funcionar si se nos permite a todos ser humanos. La deshumanización parece ser un resultado inevitable de los procesos de desarrollo capitalista”<sup>126</sup>.

### 3. Disciplina

Al contrario de lo que expresa la narrativa liberal dominante sobre la relación entre democracia y liberalismo económico, la doctrina neoliberal encuentra una amplia oposición en su puesta en práctica. Durante las décadas de 1970 y 1980 se extendieron las protestas contra los PAE en países del Sur<sup>127</sup>, que convergerían posteriormente en un Movimiento Alterglobalización transnacional cuyo blanco principal eran las IEI y sus políticas neoliberales<sup>128</sup>. De hecho, la imposición de estas políticas y la utilización de programas de austeridad para ello, se ha teorizado como una “doctrina del *shock*”, que aprovecha para su aplicación situaciones de excepción o de emergencia, de trauma de la ciudadanía, bien sea por razones políticas, financieras y económicas, o incluso a raíz de desastres naturales como el huracán Katrina en Estados Unidos en 2005<sup>129</sup> o el María en Puerto Rico en 2017<sup>130</sup>. Las narrativas y medidas de austeridad en estos contextos permiten avanzar la agenda neoliberal de manera rápida. En una línea similar, la investigación en torno a “neoliberalismos autoritarios”, cuestiona el desgaste del Estado en el periodo de la globalización neoliberal, subrayando su función coercitiva en la reestructuración neoliberal, al tiempo que expone el papel disciplinante que juegan instituciones internacionales como las europeas, particularmente tras la crisis de 2008<sup>131</sup>.

El escepticismo neoliberal hacia las instituciones ha contribuido a la emergencia de formas de gobierno autoritarias, con diferente intensidad según el contexto<sup>132</sup>. Esto se expresa, por ejemplo, en el marco de la UE, en la restricción a la capacidad de los parlamentos de países miembros de decidir sus presupuestos nacionales, como resultado del marco jurídico introducido entre 2011 y 2013. Legislación adoptada a raíz de la crisis de 2008, como el Pacto Fiscal

126 BHATTACHARYYA, *op. cit.*, p. 3.

127 SMITH, Jackie *et al.*, *Global Democracy and the World Social Forums*, Boulder, Paradigm Publishers, 2014, p.2.

128 PEREA OZERIN, Iratxe, «The Exemplary in Transnational Social Movements: The Legacies of the Alterglobalization Movement», *International Political Sociology*, vol.15, núm.2, junio 2021, pp.232-250

129 KLEIN, Naomi, *La doctrina del shock: El auge del capitalismo del desastre*, Barcelona, Paidós, 2012.

130 KLEIN, Naomi, *La Batalla por el paraíso: Puerto Rico y el capitalismo del desastre*, Barcelona, Paidós, 2019.

131 TANSEL, Cemal Burak, *States of Discipline: Authoritarian Neoliberalism and the Contested Reproduction of Capitalist Order*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2017; BRUFF, Ian y TANSEL, Cemal Burak, «Authoritarian Neoliberalism: Trajectories of Knowledge Production and Praxis», *Globalizations*, vol. 16, núm.3, 2019, pp.233-244.

132 BRUFF y TANSEL, *op.cit.*, pp.233-244.

Europeo, el paquete de seis medidas (*six pack*) y el Pacto por el Euro (*Euro-Plus*), amplía la capacidad de la UE de requerir reformas económicas de los Estados-miembro, correcciones en los desequilibrios macroeconómicos o implementación de medidas de austeridad en caso de ser necesario. Permiten imponer sanciones a los miembros que no sigan estas medidas<sup>133</sup>. El Estado, por tanto, sí se ha visto erosionado en su capacidad de promover políticas de bienestar y de intervenir a través de medios legítimos y democráticos, lo cual conlleva inseguridad<sup>134</sup>, especialmente para aquellos grupos sociales vulnerabilizados por desigualdades estructurales múltiples y que se ven más afectados por la austeridad. Estos grupos son los que más activamente se organizan para contestar estas políticas, y se convierten en blanco de narrativas de devaluación como las que mencionábamos en el sub-apartado anterior, que también tienen un componente disciplinar y que buscan neutralizar o criminalizar esta oposición.

La violencia íntima de pareja también ha funcionado históricamente como forma de subordinación de las mujeres y de (super)explotación de su fuerza de trabajo. La estrategia de reorientación de la crisis a los hogares conlleva un discurso disciplinar de control social que reproduce esta violencia porque se asienta en ella. El relato moral de la austeridad, que facilita la socialización del trabajo de cuidado a través de los hogares y no del Estado, refuerza roles de género tradicionales, reproduce estereotipos de género y normaliza situaciones de precariedad y dependencia en las mujeres. Esta política conlleva una reprivatización y despolitización. Las políticas públicas para la igualdad y las organizaciones feministas que contribuyen en su formulación e implementación son rechazadas, presentadas como impropias en tiempos de “eficiencia”, “competitividad” y austeridad<sup>135</sup>. Esta narrativa también funciona de manera disciplinar hacia el activismo social. Los Estados neoliberales, de hecho, han neutralizado la oposición que encuentran en la implementación de estas medidas a través de la criminalización del activismo, una práctica que tuvo su impacto en la polarización y declive del activismo alterglobalización, especialmente en el contexto posterior al 11-S y la denominada “guerra contra el terror”, empleada como excusa para perseguir la movilización social. Otros métodos de desmovilización más sutiles incluyen la asimilación o cooptación, la limitación de la participación de movimientos sociales en foros internacionales, incluidos aquellos más abiertos como los de la ONU, en particular respecto a movimientos contra el neoliberalismo<sup>136</sup>, así como recortes en recursos para organizaciones sociales, lo cual mina la capacidad de estos actores de movilizar a la sociedad en torno a sus objetivos.

Otras formas de disciplina bajo la austeridad incluyen la atomización de las relaciones contractuales en el empleo y la erosión de la negociación colectiva y la legislación laboral, que se intensificaron en España, por ejemplo, en la década de 2010<sup>137</sup>. Este tipo de políticas también incidieron en las inseguridades de género en Ciudad Juárez. El gobierno mexicano, en

---

133 BRUFF y WÖHL, *op.cit.*

134 PETERSON, «Gendering insecurities, informalization, and ‘war economies’», *op.cit.*, p.52.

135 GÁLVEZ MUÑOZ, Lina, «Una lectura feminista del austericidio», *Revista de Economía Crítica*, núm. 15, 2013, pp.85-97.

136 SMITH, Jackie *et al.*, «Transnational social movements and changing organizational fields in the late twentieth and early twenty-first centuries», *Global Networks*, vol.17, núm.1, 2017, pp.3-22.

137 CLUA-LOSADA, Mónica y RIBERA-ALMANDOZ, Olatz, «Authoritarian neoliberalism and the disciplining of labour», en: TANSEL, *op. cit.*, pp.29-46.

su respuesta austera a la crisis de deuda, favoreció otro tipo de organizaciones laborales en detrimento de sindicatos independientes y priorizó los intereses de inversores extranjeros por encima de los de las trabajadoras, resultando en una cuasi desaparición de la negociación colectiva en la industria de la maquila<sup>138</sup>. Estudios feministas, de hecho, han establecido una correlación entre contextos con altos niveles de violencia sexual, como el caso de Ciudad Juárez desde los noventa, con políticas de control social y represión política en escenarios de reconfiguración neoliberal<sup>139</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Este artículo se ha marcado como objetivo desgranar la estrecha relación entre la VG y la economía política global, más allá de la correlación VG y desigualdad económica, y abordando, en particular, las formas en que la política permanente de austeridad en las últimas décadas (re)produce y exacerba violencias e inseguridades diarias de género. Para ello, es necesario pensar en la VG como un *continuum* de violencias interconectadas derivadas de un orden de género desigual, en el que también funcionan como mecanismo para mantener este orden. En la medida en que la economía global está conectada con este orden de género, la erradicación de la violencia que lo sostiene requiere de políticas económicas que reviertan las lógicas violentas de desposesión, devaluación y disciplina del capitalismo global que la austeridad, por el contrario, reproduce.

El enfoque de la secureconomía feminista global propone retomar marcos amplios de las RRII Feministas que salvan la división seguridad/economía, al tiempo que se vale de los avances que los EFS y la EPIF han hecho por separado. Esta lente nos permite considerar la magnitud, la gravedad y el carácter político de la VG, su relación con el poder y con la seguridad, y a la vez, localizar la misma en el desarrollo histórico del capitalismo. Desde esta perspectiva y en lo que se refiere al estudio de la interrelación entre VG y austeridad, el artículo identifica tres lógicas violentas de la austeridad que funcionan como tres ejes de análisis que abordamos considerando su componente material y discursivo. Este planteamiento revela que la provisión de seguridad para las mujeres desde el ámbito internacional debe incidir en revertir estas políticas económicas. Los lugares de violencia de género cotidiana como el hogar, la calle, el transporte público, las escuelas y universidades, los lugares de trabajo y de ocio, las instituciones públicas, las fronteras, durante conflictos armados, pero también en tiempos de presunta “paz”, reflejan una distribución y acceso desiguales a recursos materiales, sociales y culturales. Soluciones a la VG cotidiana implican el reconocimiento de la misma como pública y como una responsabilidad colectiva, admitiendo su complejidad y peligrosidad, y su estrecha conexión con los órdenes internacionales establecidos y, en particular, con la economía política global. Desde el ámbito académico, también es imprescindible centrar el estudio de la VG en los análisis sobre igualdad de género.

138 WEISSMAN, *op.cit.*, pp.795-868.

139 FEDERICI, «La Reproducción de la Fuerza de Trabajo en la Economía Global», *op.cit.*, pp. 153-180; FALQUET, Jules, «De los asesinatos de Ciudad Juárez al fenómeno de los feminicidios: ¿nuevas formas de violencia contra las mujeres?», *Viento Sur*, diciembre 2014, [https://vientosur.info/wp-content/uploads/spip/pdf/Art\\_Feminicidios\\_Contrettemps-Vientos\\_Sur\\_esp-2.pdf](https://vientosur.info/wp-content/uploads/spip/pdf/Art_Feminicidios_Contrettemps-Vientos_Sur_esp-2.pdf).

# NOTAS



# ECOCIDIO, ¿ES LA RESPUESTA JURÍDICA INTERNACIONAL ADECUADA FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO?

## *ECOCIDE – IS IT THE RIGHT INTERNATIONAL LEGAL RESPONSE TO CLIMATE CHANGE?*

JESÚS VERDÚ BAEZA\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. RESPUESTAS JURÍDICAS INTERNACIONALES ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO. III. HACIA UN NUEVO CRIMEN INTERNACIONAL: EL ECOCIDIO. IV. PROPUESTAS DE REFORMA DEL ESTATUTO DE ROMA. V. ¿VAN EN DIRECCIÓN CORRECTA LAS PROPUESTAS DE REFORMA? VI. CONCLUSIÓN

**RESUMEN:** La innovadora figura de ecocidio ha surgido en un contexto de profunda degradación ambiental global coincidiendo con la grave crisis climática que nos acerca a un verdadero punto de inflexión que supone superar los 1.5 grados sobre los niveles preindustriales. La propuesta apoyada por algunos Estados y la sociedad civil de iniciar el proceso de reforma del Estatuto de Roma para incluir como crimen internacional el ecocidio es de un enorme interés. No obstante, en nuestra opinión no parece acertada como argumentación la alusión a la gravedad del cambio climático ya que las características de la Corte Penal Internacional determinan que tal vez no sea una respuesta jurídica válida en relación con ese complejo fenómeno.

**ABSTRACT:** *The innovative concept of ecocide has emerged in a context of profound global environmental degradation, coinciding with the serious climate crisis that is bringing us closer to a real turning point of exceeding 1.5 degrees above pre-industrial levels. The proposal supported by some states and civil society to initiate the process of reforming the Rome Statute to include ecocide as an international crime is of considerable interest. However, in our opinion, the allusion to the severity of climate change does not seem to be the right argument, since the characteristics of the International Criminal Court mean that it may not be a valid legal response to this complex phenomenon.*

**PALABRAS CLAVES:** ecocidio, Corte Penal Internacional, crímenes internacionales, cambio climático.

**KEYWORDS:** *ecocide, International Criminal Court, international crimes, climate change.*

## I. INTRODUCCIÓN

Los efectos del cambio climático son en la actualidad de una feroz intensidad y se proyectan con fuerza sobre todo el planeta. Hasta hace unos pocos años, con un número importante de personas descreídas e indecisos y con una fuerte campaña de desinformación sobre los fenómenos climáticos financiada directamente desde las industrias asociadas a los combustibles fósiles, había que acudir a los informes solventes de la comunidad científica para conocer y

---

Fecha de recepción del trabajo: 26 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 13 de marzo de 2024.

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Cádiz, [jesus.verdu@uca.es](mailto:jesus.verdu@uca.es)

precisar los efectos y consecuencias del cambio climático<sup>1</sup>. En la actualidad, prácticamente no es necesario leer los informes científicos en cuanto que los efectos son claramente visibles por la gran mayoría de ciudadanos en prácticamente todos los rincones del globo. Así, los últimos años han sido los más cálidos del planeta desde que hay registros a escala mundial según datos de la Organización Meteorológica Mundial<sup>2</sup>.

La existencia de fenómenos meteorológicos extremos que acontecen frecuentemente en todos los continentes ocupa en una triste rutina habitual la portada de medios de comunicación nacionales e internacionales. Es cierto que estos fenómenos meteorológicos han existido siempre en diferentes ciclos climáticos pero su magnitud y frecuencia adquiere cada vez mayor intensidad con efectos extraordinariamente severos. Realmente estamos siendo testigos de un colapso generalizado de múltiples sistemas climáticos interrelacionados de los que dependen las condiciones de vida de los seres humanos en el planeta. Ciertamente las condiciones de futuro no son esperanzadoras.

Ante la extraordinaria gravedad del problema, la respuesta del derecho internacional ha sido ineficaz en relación cómo abordar esta disrupción climática a tenor de las constataciones científicas recogidas en los informes del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático<sup>3</sup>. Por ello, han ido surgiendo voces desde la sociedad civil y de algunos Estados que reivindican otras vías jurídicas como la tipificación de la figura de ecocidio mediante reforma del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En el presente trabajo nos planteamos si esta respuesta es la correcta y el enfoque a través del derecho penal internacional es el adecuado. Para ello, abordaremos de manera sucinta las diferentes respuestas jurídico-internacionales con la intención de proporcionar un marco de partida, para después identificar el nacimiento del concepto de ecocidio y su posible definición. A continuación, mencionaremos algunas de las propuestas de reforma del Estatuto de Roma planteadas recientemente para, finalmente, reflexionar si estas propuestas van en la dirección correcta como respuesta jurídica al cambio climático. En este trabajo queremos pretender identificar concisamente algunas dificultades jurídicas que nos parecen indicar que, si bien la posible inclusión del ecocidio como potencial quinto crimen internacional competencia de la Corte Penal Internacional es de un enorme interés, tal vez no sea una institución jurídica adecuada para abordar los desafíos del cambio climático.

- 
- 1 Véase FRANTA, B., "Early oil industry disinformation on global warming", *Environmental Politics*, 2021, vol. 30, no 4, pp. 663-668. KOLMES, S. A., "Climate change: a disinformation campaign", *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 2011, vol. 53, no 4, pp. 33-37.
  - 2 World Meteorological Organization, "Past eight years confirmed to be the eight warmest on record", 12 de enero de 2023, consultado en: <https://public.wmo.int/en/media/press-release/past-eight-years-confirmed-be-eight-warmest-record#:~:text=2022%20is%20the%20th,eight%20warmest%20years%20on%20record>.
  - 3 Véase, por ejemplo, IPCC, 2018: Summary for Policymakers. In: *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty* [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, H.-O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P.R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J.B.R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M.I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor, and T. Waterfield (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA, pp. 3-24,



## II. RESPUESTAS JURÍDICAS INTERNACIONAL ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO

Es evidente la gravedad del fenómeno del cambio climático que nos acerca peligrosamente al umbral de calentamiento de 1.5 grados sobre los niveles preindustriales, punto de no retorno que la comunidad científica estableció hace años como el criterio que marcaría la existencia de daños de naturaleza catastrófica en nuestro planeta y que es utilizado como referencia en los objetivos del Acuerdo de París (art. 2, 1, a). En palabras del Secretario General de las Naciones Unidas, Antonio Guterres estamos a 90 segundos del fin del mundo en el Reloj del Apocalipsis cuyas agujas hay que detener imperativamente y por lo tanto “es hora de decir basta, ya que estamos cavando nuestra propia tumba”<sup>4</sup>.

Ciertamente la lucha contra el cambio climático no puede depender de los actores privados, por el contrario, se necesita una decidida y contundente acción pública guiada y orientada además de unos principios básicos por un conjunto amplio, ordenado y coherente de normas jurídicas vinculantes estructuradas en diferentes niveles en el que el derecho internacional debe representar un papel claro de categórico liderazgo.

En realidad, este pretendido papel de liderazgo internacional en la lucha contra el cambio climático, como es bien conocido se inició hace ya bastante tiempo, siendo el primer hito la Primera Conferencia Mundial sobre el Clima convocada por la Organización Meteorológica Mundial en 1979 que ya identificó las consecuencias del calentamiento global y como éste podría afectar a la actividad humana reconociendo que el cambio climático era un problema grave para el planeta<sup>5</sup>. Desde entonces, se ha iniciado un largo proceso de acción climática internacional complejo jalonado de avances y retrocesos que puede ser interpretado de diferentes valoraciones. El marco internacional de lucha contra el cambio climático ha sido estudiado y difundido ampliamente por la doctrina nacional e internacional con múltiples y enriquecedoras perspectivas y no es nuestra intención abordarlo en este trabajo, tan solo dedicaremos unas breves líneas para partir desde una visión amplia y general del sistema.

Como señala el profesor Juste Ruiz, la estructura del sistema internacional para responder al cambio climático se ha desarrollado en tres etapas o fase sucesivas marcadas por sendos instrumentos jurídicos, la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático abierta a la firma en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río en 1992, el Protocolo de Kioto de 1997 que desarrolla la norma marco y finalmente, el Acuerdo de París de 2015, configurando una nueva estructura tridimensional compleja y poco habitual<sup>6</sup>.

---

4 Discurso del secretario general de la Organización de Naciones Unidas Antonio Guterres en su tradicional discurso de inicio del año, el pasado 6 de febrero de 2023. Véase “Guterres marca siete prioridades para detener las agujas del reloj del apocalipsis” en <https://news.un.org/es/story/2023/02/1518352>

5 BODANSKY, D., “The history of the global climate change regime”, *International Relations and Global Climate Change*, 2001, vol. 23, no 23, p. 505.

6 JUSTE RUIZ, J., “El tercer pilar del régimen internacional para responder el acuerdo climático: el Acuerdo de París de 2015” en BORRÀS PENTINAT, S. y VILLAVICENCIO CALZADILLA, P. (eds.), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida? Análisis jurídico y perspectivas futuras*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 30.

El Acuerdo de París es la clave de bóveda de toda la arquitectura jurídica internacional actual de lucha contra el cambio climático. Se trata de una figura jurídica peculiar ya que formalmente tiene la apariencia de un tratado, pero tiene un contenido nada prescriptivo con difusas obligaciones jurídicas para los Estados parte<sup>7</sup>. El Acuerdo está basado en una nueva estrategia operativa basada en la limitación del aumento de temperatura a diferencia de los enfoques anteriores. La Convención Marco se centra en la estabilización de concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático (artículo 5) y el Protocolo de Kioto que se dirigía a la limitación de emisiones<sup>8</sup>. Como mencionamos anteriormente, este enfoque está citado en el artículo 2 del Acuerdo de París que señala que su objetivo tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, y para ello se propone mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 ° C con respecto a los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 ° C con respecto a los citados niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático.

No obstante, los resultados de lo conseguido mediante las sucesivas técnicas jurídicas desplegadas hasta la fecha para conseguir sus objetivos son ciertamente discutibles. En este sentido es especialmente destacable que aunque se cumplieran en su totalidad las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDCs, en sus siglas en inglés), principal innovación del el Acuerdo de París (cumplimiento por los Estados que nosotros contemplamos con enorme escepticismo), el resultado sería muy negativo ya que superaríamos el citado umbral de 1.5 grados señalado en el citado artículo 2 acercándonos a un escenario catastrófico al aproximarnos a un calentamiento de 2.7 grados<sup>9</sup>.

En definitiva, el Acuerdo de París por sí solo no es suficiente salvo que vaya acompañado de una firme voluntad política de los Estados, eje principal del sistema. Como ha señalado el profesor Falkner, el historial de las políticas climáticas sugiere que los Gobiernos tienden a expresar grandes aspiraciones, pero evitan tomar decisiones difíciles. De acuerdo con el citado profesor para que el nuevo enfoque del Acuerdo de París marque la diferencia, la nueva lógica de “compromiso y revisión” tendrá que movilizar la presión internacional y nacional y generar un impulso político que respalde políticas climáticas más sustanciales en todo el mundo<sup>10</sup>.

7 Véase SALINAS ALCEGA, S., “El Acuerdo de París de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2018, nº 1, pp. 53 – 75.

8 JUSTE RUIZ, J., “El tercer pilar del régimen internacional para responder el acuerdo climático: el Acuerdo de París de 2015”, *loc. cit.*, p. 33.

9 Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Informe sobre la brecha de emisiones 2021. La calefacción está encendida. Un mundo de compromisos climáticos aún por cumplirse*. Resumen ejecutivo. Nairobi 2021. Véase también ONU, “Cambio climático: el planeta se encamina a un catastrófico aumento de 2,7 grados porque no recortamos las emisiones”, en <https://news.un.org/es/story/2021/10/1498972>

10 FALKNER, R., “The Paris Agreement and the new logic of international climate politics”. *International Affairs*, 2016, vol. 92, no 5, pp. 1107-1125.

Efectivamente, si finalmente se consiguió cerrar el Acuerdo de París, entre varios factores, fue precisamente dejar un marco amplio de actuación y autonomía a los Estados a través de sus NDCs, figura que genera un escenario de gran flexibilidad que ha permitido incorporar tanto a países desarrollados como países en vías de desarrollo con una práctica aplicación universal<sup>11</sup>. En teoría, este diseño original que se decidió en la cumbre climática de Varsovia en 2013 (COP19) permitió desde una perspectiva original superar las reticencias de un buen número de países para alcanzar el objetivo de esa universalidad conseguida en la Convención marco y condición *sine qua non* para lograr el éxito en la lucha contra el cambio climático. En definitiva, la innovación de este instrumento radica, por una parte, en que pretende ser universal y por otra, en que se formula con un enfoque “*bottom-up*”, esto es, los países establecen sus propias prioridades y ambiciones. En teoría, esto estimula la autodiferenciación de responsabilidades y capacidades de los países para hacer frente al cambio climático<sup>12</sup>. No obstante, también parece obvio que la carencia de obligaciones jurídicas vinculantes *up-bottom* (como las existentes en el Protocolo de Kioto) genera un importante número de incertidumbres sobre la eficacia del método. En definitiva, como señala el profesor Rodrigo, el Acuerdo de París no contiene obligaciones de resultado sino obligaciones de comportamiento de los Estados parte con un amplio margen de maniobra, ahora bien, con la obligación de rendir cuentas de sus NDCs y de demostrar que su conducta se acomoda al compromiso que voluntariamente han adquirido<sup>13</sup>. No obstante, el Acuerdo de París reconoce la importancia de ir incrementando la ambición de los compromisos con objetivos cada vez más ambiciosos, es decir, cada cinco años los compromisos nacionales deben ser cada vez mayores y siempre deben reflejar la máxima ambición posible<sup>14</sup>.

Finalmente podemos citar otras acciones para reforzar la acción climática como las solicitudes de opiniones consultivas en tribunales internacionales. En diciembre de 2022 un grupo de pequeños Estados insulares presentaron una histórica solicitud de opinión consultiva al Tribunal Internacional del Derecho del Mar con el fin de proteger el ecosistema marino del impacto de la crisis climática, que sería el primer procedimiento que aborda las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados en relación con la crisis climática. En enero de 2023 Colombia y de Chile solicitaron una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el propósito de aclarar el alcance de las obligaciones estatales, en su dimensión individual y colectiva, para responder a la emergencia climática en el marco del derecho internacional

---

11 Véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., “El Acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, nº 1, 2018, pp. 23 – 51.

12 MBEVA, K. L. y PAUW, Pr. “Self-differentiation of countries’ responsibilities: Addressing climate change through intended nationally determined contributions”. *Discussion paper*, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Bonn, 2016.

13 RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., “El Acuerdo de París sobre el cambio climático: un nuevo tipo de tratado de protección de intereses generales”, en BORRÀS PENTINAT, S. y VILLAVICENCIO CALZADILLA, P. (eds.), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida? Análisis jurídico y perspectivas futuras*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 69 – 98, en especial, p. 80.

14 Sobre el régimen jurídico internacional en materia de cambio climático puede consultarse GILES CARNERO, R., *El régimen jurídico internacional en materia de cambio climático. Dinámica de avances y limitaciones*. Aranzadi Thompson Reuters, 2021.

de los derechos humanos, que tenga especialmente en cuenta las afectaciones diferenciadas que dicha emergencia tiene sobre las personas de diversas regiones y grupos poblacionales, la naturaleza y la sobrevivencia humana en nuestro planeta. En marzo de 2023 la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) solicitó una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de los Estados en relación con el cambio climático<sup>15</sup>.

También debemos mencionar la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que ha reconocido el derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano reconociendo que el cambio climático es una de las “amenazas más acuciantes y graves para la capacidad de las generaciones presentes y futuras de disfrutar efectivamente de todos los derechos humanos”<sup>16</sup>.

Lo cierto es que a pesar de la acción climática internacional estamos acercándonos peligrosamente al umbral de calentamiento de 1.5 grados sobre los niveles preindustriales. Esta realidad obliga a repensar la idoneidad de las respuestas jurídicas y políticas de un fenómeno causado por el modelo de desarrollo económico, que se resiste a asumir los sacrificios que implicaría aceptar la velocidad necesaria del proceso de descarbonización pergeñado en los instrumentos y acción climática internacional. En busca de nuevos enfoques, la respuesta a través del derecho penal internacional se ha utilizado como referente.

### III. HACIA UN NUEVO CRIMEN INTERNACIONAL: EL ECOCIDIO

Laos primeros pasos para la tipificación de graves acciones de trascendencia global contra el medio ambiente se iniciaron en relación con los conflictos armados. Progresivamente se ha ido identificando la necesidad de generar una respuesta internacional ante graves atentados medioambientales también en tiempo de paz y en este contexto emergió el concepto de ecocidio. El ecocidio es una innovadora figura jurídica que ha surgido desde la sociedad civil y el debate académico que ha recibido un fuerte impulso y defensa por parte de la sociedad civil en un momento de profunda crisis ecológica y que se ha ido perfilando con gran rapidez a través de una fecunda producción científica e impulso de asociaciones de la sociedad civil y que finalmente ha ido permeando los órganos decisorios de administraciones públicas.

#### 1. Protección internacional del medio ambiente y los conflictos armados

La protección penal internacional del medio ambiente como bien jurídico global se inició vinculada a los graves episodios de destrucción medioambiental de los conflictos armados que con mayor o menor intensidad han causado graves daños al medio ambiente. Son bien conocidos los impactos en la Primera y Segunda Guerra Mundial, en las guerras de Vietnam, Irak, la antigua Yugoslavia o actualmente en la guerra de Ucrania en la que hay pruebas de una

---

15 Asamblea General. Resolución A/RES/77/276, *Solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático*, 29 de marzo de 2023.

16 Asamblea General. Resolución A/RES/76/300, *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*, 26 de julio de 2022.

grave contaminación atmosférica y de emisiones de gases de efecto invernadero derivadas de los intensos combates donde la biodiversidad se está viendo drásticamente afectada debido a la intensa deforestación y destrucción de hábitats, con posibles consecuencias para la vida salvaje con importante degradación del suelo y la morfología del paisaje<sup>17</sup>.

La respuesta a los efectos medioambientales de los conflictos armados a través del derecho penal internacional se ha proporcionado a través de las normas y principios del derecho penal humanitario y así encontramos disposiciones relevantes en las Convenciones de la Haya (art. 23 y 55 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre), las Convenciones de Ginebra (art. 53 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a personas civiles en tiempos de guerra), en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales (art. 335 (3), 54 (2), 55 y 56 (1)) y en el Protocolo Adicional II relativo a las Protección de las Víctimas de Conflictos Armados sin carácter internacional (art. 14 y 15)<sup>18</sup>.

En este contexto y teniendo como antecedente los graves atentados ambientales en Vietnam y, auspiciada por Naciones Unidas, en 1976 se aprobó la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles que pretende, tal y como establece su artículo primero, prohibir la utilización con fines militares de “técnicas de modificación ambiental que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado parte”<sup>19</sup>. De esta forma, se generó una cierta confluencia entre la necesidad de preservar el medio ambiente y el derecho internacional humanitario<sup>20</sup>, confluencia positiva que, no obstante, presenta todas las vulnerabilidades de la muy defectuosa aplicación del derecho internacional humanitario y los problemas derivados de la relatividad en la aplicación internacional de los tratados con un número reducido de Estados partes.

Finalmente, el artículo 8 (2) (b) del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional enumera los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales sobre los que la Corte tiene competencia. Se incluye en el Estatuto normas de protección indirecta al medioambiente, como por ejemplo, la prohibición de utilizar armas venenosas o gases asfixiantes, pero la norma de protección más directa es la recogida en el artículo 8 (2) (b) (iv): «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 medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea».

---

17 PEREIRA, P., “Russian-Ukrainian war impacts the total environment”, *Science of The Total Environment*, 2022, vol. 837, p. 155865.

18 BLACK, C., “Crímenes contra el medio ambiente en el contexto del derecho penal internacional”, *Lecturas sobre justicia internacional*, 2009, pp. 109 – 128.

19 Sobre la negociación de este convenio, HERCZEGH, G., “La protection de l’environnement et le droit humanitaire”, *Études et essais sur le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, CICR, Martinus Nijhoff, 1984, p. 730.

20 See BOUVIER, A. “La protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1991, vol. 16, no. 108, pp. 603-616.

También tenemos que hacer referencia a la aprobación por parte de la Comisión de Derecho Internacional en 2022 de un proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados que constituye una importante contribución a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en la materia. Estos principios presentan una intensidad normativa variable, ya que unos pertenecen claramente al ámbito de las normas obligatorias, mientras que otros se aproximan más a la categoría de las normas recomendadas o de *soft law*<sup>21</sup>.

## 2. Crímenes internacionales contra el medio ambiente en tiempos de paz. La búsqueda de una respuesta

Habiéndose ido configurando respuestas jurídicas internacionales ante graves crímenes internacionales cometidos contra el medio ambiente en tiempo de conflicto armado, se ha puesto de manifiesto la necesidad de dar respuesta a esos crímenes internacionales contra el medio ambiente en tiempo de paz.

Ante la necesidad de proporcionar respuestas jurídicas internacionales ante los gravísimos problemas medioambientales globales que se escapan de la actuación individual de los Estados, un grupo de representantes de la sociedad civil han iniciado la búsqueda de un proceso jurídico innovador para dar una respuesta jurídica ante graves atentados medioambientales que se consideran posibles crímenes internacionales a través de una propuesta de modificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional que pretende tipificar un nuevo crimen internacional como competencia de la Corte.

Como veremos más adelante la Fundación Stop Ecocidio ha sido una de las entidades que con mayor dinamismo e iniciativa ha impulsado el desarrollo de esta novedosa figura jurídica, el ecocidio. Destacamos que, entre los graves problemas ambientales, esta organización enfatiza el cambio climático. En diciembre de 2021, esta entidad dirigiéndose a la 20ª Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional defendió la propuesta de reforma del Estatuto para la inclusión de este nuevo crimen internacional basándose en que “nuestra comunidad mundial se enfrenta en estos momentos a dos amenazas gemelas que exigen una actuación urgente. Son las amenazas interrelacionadas del cambio climático y la pérdida de biodiversidad, a niveles tan graves que el reciente informe del IPCC describe cambios que ya se están poniendo en marcha –como la continua subida del nivel del mar– que son irreversibles incluso a lo largo de muchos siglos. El informe también señala que el umbral de calentamiento global acordado internacionalmente (de 1,5 grados por encima de los niveles preindustriales) está peligrosamente cercano. Pero no se trata de amenazas o cambios que sucedan por la acción de la naturaleza. Comparten un origen en el daño y la destrucción masivos de los ecosistemas, un crimen que cada vez más se conoce como tal: el ecocidio<sup>22</sup>”. En definitiva, junto a

---

21 Comisión de Derecho Internacional, A777/10, *Proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*, 2022.

22 Puede consultarse la Declaración de la Fundación Stop Ecocidio ante la 20ª Asamblea de Estados Partes del Estatuto de la Corte Penal Internacional de diciembre de 2021 en la web de la Corte. [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP20/ASP20.GD.StopEcocide.07.12.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP20/ASP20.GD.StopEcocide.07.12.pdf)

la comisión de graves atentados medioambientales se incluye la amenaza de la aproximación de la superación del umbral marcado en el Acuerdo de París y se propone una posible solución innovadora a través de la citada nueva figura de ecocidio.

El término ecocidio es un neologismo que une la raíz griega *oikos*, que significa casa o hábitat con la latina *occidere* que expresa matar. En definitiva, equivaldría a la expresión matar la casa o, lo que es lo mismo, destruir el hábitat<sup>23</sup>.

Parece evidente desde un punto de vista etimológico, este término se ha inspirado en uno de los conceptos legales más transformadores que se generaron en el siglo XX, el genocidio<sup>24</sup>. Este concepto fue acuñado por el jurista polaco Rafael Lemkin en 1944 y a través de este nuevo concepto trataba de tipificar las pautas de comportamiento nazis en su política de destrucción y aniquilamiento del pueblo judío<sup>25</sup>. Hay un aspecto clave en el nuevo concepto acuñado después de uno los comportamientos más atroces que ha conocido la historia reciente de la humanidad. Ante la extraordinaria gravedad de un comportamiento tendente a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, la respuesta jurídica, esto es, los mecanismos de prevención y sanción, deben corresponder a la comunidad internacional en su conjunto al tratarse de un delito internacional que no puede ser exclusivamente enfocado en una órbita doméstica. Se trata, en definitiva, de una profunda transformación del derecho internacional que adquiere un nuevo papel y nuevas responsabilidades ante los gravísimos hechos que sucedieron en la Segunda Guerra Mundial y que golpean profundamente la conciencia jurídica de la humanidad.

En definitiva, la figura de ecocidio tiene un importante referente en genocidio. Por una parte, en la inspiración de la fórmula de construcción de un nuevo vocablo con una ingeniosa combinación de raíces griegas y latinas. Por otra, en su dimensión como herramienta jurídica profundamente transformadora que pueda finalmente incorporarse al derecho positivo desde una construcción doctrinal o académica respondiendo, además, a una importante demanda de la sociedad civil.

De hecho, los primeros intentos de construcción de la nueva figura de ecocidio estaban vinculados a un desarrollo amplio de genocidio en cuanto que la destrucción del hábitat podría ser uno de los elementos constitutivos del crimen contra la identidad de un pueblo.

Si en origen del concepto de genocidio estaban los horrores del holocausto y los inhumanos comportamientos de los nazis como verdaderos puntos de inflexión (aunque comportamientos genocidas puedan encontrarse en etapas muy antiguas de la historia de humanidad), la necesidad de surgimiento del concepto de ecocidio aparece cuando se conocen gravísimos atentados al medio ambiente de una entidad y gravedad desconocida hasta entonces.

---

23 Véase SARLIÈVE, M., “Ecocide: Past, Present, and Future Challenges”, *Life on Land*, Springer International Publishing, 2020, pp. 233-243. ZIERLER, D., *The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the Scientists Who Changed the Way We Think About the Environment*, University of Georgia Press, 2010.

24 En este sentido, CROOK, M.; SHORT, D., “Marx, Lemkin and the genocide–ecocide nexus”, *The International Journal of Human Rights*, 2014, vol. 18, no 3, pp. 298-319.

25 LEMKIN, R., Genocide as a crime under international law. *American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, no 1, p. 145-151.

Parece que el uso de un potente herbicida como arma química, el agente naranja, en la guerra del Vietnam (1955-1975) por parte de los Estados Unidos que además de un gran número de fallecidos y heridos causó la deforestación de grandes extensiones de territorio, es uno de los detonantes de la demanda de tipificar estos comportamientos que atentan con gravedad al medio ambiente<sup>26</sup>. Es comúnmente aceptado que una de las primeras veces que aparece la palabra ecocidio en un contexto internacional es en un discurso del primer ministro sueco, Olaf Palme, en la Cumbre de Estocolmo en 1972 denunciando los “límites que nuestro medioambiente puede tolerar y de los peligros del ecocidio”, en una alusión indirecta a la guerra de Vietnam<sup>27</sup>. Lo cierto es que quizás se pueda considerar la Cumbre de Estocolmo como un verdadero punto de inflexión en la generación de un derecho ambiental configurando un conjunto de principios rectores de ese derecho y también clave en la formación de una opinión pública internacional cada vez más consciente de la necesidad de protección del medio ambiente<sup>28</sup>.

Desde una perspectiva académica, sobre la base de la destrucción ambiental en la guerra de Indochina, el Profesor Richard Falk llegó a proponer la adopción de una convención internacional sobre el crimen de ecocidio en un artículo publicado en 1973, siendo considerado el inicio de una fecunda producción y debate científico sobre esta figura innovadora<sup>29</sup>.

Desde los primeros pasos para tratar de codificar los crímenes internacionales y poner en marcha la Corte Penal Internacional se consideró la oportunidad de incluir el ecocidio como crimen perseguible por esta institución internacional. En este sentido y en primer lugar, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, responsable del estudio sobre la prevención y el castigo del delito de genocidio incorporó el crimen de ecocidio como crimen internacional<sup>30</sup>. También aparece el concepto de ecocidio en el informe del Relator Sr. Whitaker en 1985, pero no lo incorporaba como crimen autónomo sino como una extensión del concepto más amplio de genocidio junto al genocidio cultural, aunque el informe admita también que hay partidarios de la integración del ecocidio en la figura de crímenes de lesa humanidad, en lugar de genocidio<sup>31</sup>.

26 ZIERLER, D., *The invention of ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the scientists who changed the way we think about the environment*. University of Georgia Press, 2011.

27 MEHTA, S.; MERZ, P., Ecocide—a new crime against peace?. *Environmental Law Review*, 2015, vol. 17, no 1, p. 3-7.

28 En este sentido GRIEGER, A., “Only one earth: Stockholm and the beginning of modern environmental diplomacy”. *Arcadia*, 2012, pp. 1 – 7. También PRIEUR, M., “Revisión de los cincuenta años del derecho internacional ambiental: la revisión de los principios”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 13, núm. 2, 2022.

29 FALK, R. A., “Environmental Warfare and Ecocide—Facts, Appraisal and Proposals”, *Revue Belge de Droit International*, 1973, nº 9, pp. 21–24.

30 UN Economic and Social Council. Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. E/CN.4/Sub.2/416, *Study of the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Prepared by Mr. Nicodème Ruhashyankiko. 4 July 1978. p.124 y p.130

31 UN Economic and Social Council. Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. E/CN.4/Sub.2/1985/ 6. *Revised and updated report on the*



Del mismo modo, en sus informes sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial designado por la Comisión de Derecho Internacional, incluía inicialmente los atentados graves contra el medio humano como uno de los crímenes de lesa humanidad<sup>32</sup>. Sin embargo, como él mismo menciona en su último informe, el número 13, este crimen suscitó las críticas de un número de Estados que impidieron que se incluyera como crimen autónomo en el proyecto de convención que establecía la Corte Penal Internacional. Finalmente, a pesar de las diferentes propuestas que hemos mencionado y ante la oposición de un importante número de Estados y la falta de interés de otros, en el Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional, no se incluyó un crimen autónomo contra el medio ambiente. Ahora bien, es cierto que se ha incluido la noción de crimen contra el medio ambiente dentro de los crímenes de guerra. Así, el Artículo 8 b (iv) del Estatuto dispone que será crimen de guerra: “Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”. No obstante, hasta la fecha no se incoado ningún procedimiento o investigación sobre la base de este artículo.

### **3. Una propuesta de ecocidio desde la sociedad civil**

Lo cierto es ante los graves problemas medioambientales con carácter global que tensionan los límites planetarios ha existido una demanda social que propugna tipificar los graves daños medioambientales con transcendencia internacional.

Aunque el concepto ecocidio está ampliamente presente en ámbitos políticos y académicos, no hay una definición consensuada. Aunque se habían presentado anteriormente algunas propuestas, varias de ellas impulsadas por la abogada británica Polly Higgins, figura de referencia clave en el nacimiento del concepto de ecocidio<sup>33</sup>, es ampliamente aceptada la definición de ecocidio presentada en junio de 2021 por un panel de expertos a propuesta de la Fundación Stop Ecocidio y presidida por los prestigiosos juristas Philippe Sands y Dior Fall Sow<sup>34</sup>. Esta

---

*question of the prevention and punishment of the crime of genocide / prepared by B. Whitaker, UN Special Rapporteur on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1985.*

32 International Law Commission, A/CN.4/466, *Draft code of crimes against the peace and security of mankind (Part II) – including the draft statute for an international criminal court*, 1995.

33 Véase FALK, R., “Environmental Warfare and Ecocide – Facts, Appraisal and Proposal,” *Bulletin of Peace Proposals* 4, no. 1, 1973, pp. 80–96; GRAY, M. A., “The International Crime of Ecocide,” *California Western International Law Journal* 26, no. 2, 1996, pp. 215–271; HIGGINS, P., “Seed-Idea: Seeding Intrinsic Values: How a Law of Ecocide will Shift our Consciousness,” *Cadmus* 1, no. 5, 2012, pp. 9–10; P. HIGGINS, D. SHORT y N.SOUTH, “Protecting the Planet: A Proposal for a Law of Ecocide,” *Crime Law and Social Change* 59, no. 3, 2013, pp. 251–66. MEHTA, S., & MERZ, P., “Ecocide – a new crime against peace?”, *Environmental Law Review*, 17(1), pp. 3-7.

34 La Fundación Stop Ecocidio es una entidad sin ánimo de lucro fundada por Stop Ecocidio Internacional, una ONG fundada en 2017 por la reconocida abogada británica Polly Higgins (1968-2019) y la actual directora ejecutiva Jojo Mehta. *Stop Ecocidio Internacional se considera es la fuerza impulsora y el centro de comunicaciones del creciente movimiento mundial para convertir el ecocidio en un crimen internacio-*

propuesta se ha inclinado por una formulación general frente a la opción de definición basada en un listado de acciones tipificadas, como la propuesta por la UCLA<sup>35</sup>. Este listado abarca las principales preocupaciones medioambientales internacionales: contaminación de la tierra, el mar y el aire; destrucción de hábitos, ecosistemas o patrimonio natural; especies protegidas; residuos peligrosos; y sustancias que agotan la capa de ozono, contaminantes orgánicos persistentes y gases de efecto invernadero.

Por el contrario, de acuerdo con el panel de expertos, la formulación general de definición de ecocidio sería:

- “1. cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medio ambiente
2. A los efectos del párrafo 1:
  - a) Se entenderá por “arbitrario” el acto temerario de hacer caso omiso de unos daños que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja social o económica prevista;
  - b) Se entenderá por “grave” el daño que cause cambios muy adversos, perturbaciones o daños notorios para cualquier elemento del medioambiente, incluidos los efectos serios para la vida humana o los recursos naturales, culturales o económicos;
  - c) Se entenderá por “extenso” el daño que vaya más allá de una zona geográfica limitada, rebase las fronteras estatales o afecte a la totalidad de un ecosistema o una especie o a un gran número de seres humanos;
  - d) Se entenderá por “duradero” el daño irreversible o que no se pueda reparar mediante su regeneración natural en un plazo razonable;
  - e) Se entenderá por “medioambiente” la Tierra, su biosfera, criosfera, litosfera, hidrosfera y atmósfera así como el espacio ultraterrestre”<sup>36</sup>.

El objetivo de esta propuesta, que ha abierto un interesante debate sobre su idoneidad, es que esta definición sirva de base para una reforma al Estatuto de la Corte Penal Internacional, que convertiría esta nueva figura en el quinto crimen internacional mediante la adición de un nuevo artículo, que sería el 8 ter que ampliara la protección del medioambiente no sólo en tiempos de conflicto armado sino también en tiempo de paz. La razón de incluir el nuevo crimen de ecocidio en el Estatuto de Roma no es sólo proporcionar una herramienta útil a la CPI para perseguir el daño medioambiental, sino también reconocer este último como un daño de igual importancia que el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y la agresión<sup>37</sup>.

---

*nal. Su trabajo principal es activar y desarrollar el apoyo intersectorial global para ello. Para ello, colabora con diplomáticos, políticos, abogados, líderes empresariales, ONGs, grupos indígenas y religiosos, expertos académicos, movimientos sociales y particulares. Véase para mayor información su página web: <https://stopecocidio.org/>*

35 ROBINSON, D., “Ecocide, puzzles and possibilities”, *Journal of International Criminal Justice*, 2022, vol. 20, no 2, pp. 313-347.

36 Puede consultarse mayor información en <https://stopecocidio.org/definicion-legal-del-ecocidio>

37 En este sentido, MINKOVA, L. G., “The Fifth International Crime: Reflections on the Definition of “Ecocide”, *Journal of Genocide Research*, 2023, vol. 25, no 1, pp. 62-83.

No sabemos, por supuesto, si ecocidio alguna vez se incorporará al derecho internacional positivo, pero se ha abierto un debate de gran trascendencia que va creando tanto un marco conceptual adecuado como un estado de opinión pública en todos los ámbitos del mundo del derecho favorable a su inclusión y que permita ser una palanca de presión a los Gobiernos, responsables últimos de la decisión de incorporar el ecocidio al derecho internacional<sup>38</sup>.

Indudablemente la crisis ambiental que estamos atravesando y las incertidumbres de futuro creadas por el cambio climático son un factor decisivo. Después de varios milenios de evolución con muchos progresos, pero también grandes retrocesos, la humanidad está atravesando en la actualidad un período clave que definirá la compatibilidad de las condiciones de vida en el planeta o, incluso, por muy difícil que sea aceptar esta realidad, acercándose a un umbral en el que, simplemente, no sea posible seguir habitándolo en las mismas condiciones que hasta la fecha. La razón es que la humanidad ha elegido un modelo de desarrollo que se manifiesta radicalmente incompatible con el mantenimiento de los equilibrios ecológicos que han permitido durante milenios el desarrollo de las civilizaciones humanas en nuestro planeta. Parece evidente que en la actualidad estamos atravesando un período crítico de crisis ambiental.

Desde hace algún tiempo se están produciendo en todo el planeta actuaciones conscientes o inconscientes, dolosas o negligentes con impactos medioambientales extraordinariamente severos que de alguna manera trascienden del territorio local o regional donde han tenido lugar afectando por su gravedad a la comunidad internacional en su conjunto. En un contexto medioambiental afectado por enormes desafíos que nos ponen de manifiesto la gran vulnerabilidad de nuestro planeta con equilibrios ecológicos cada vez más frágiles, hay agresiones locales que trascienden de su ámbito territorial y requieren de respuestas jurídicas internacionales.

En este contexto de degradación ambiental existe en general una percepción en la opinión pública cada vez más extendida que este tipo de comportamientos que atentan gravemente al medio ambiente no deben quedar amparados por la impunidad generalizada que ha venido siendo a característica principal hasta la fecha o bien, recibir solo respuestas domésticas que son manifiestamente insuficientes y limitadas. Cada vez son más las voces que denuncian que estamos ante un momento crítico en el proceso de destrucción ecológica del planeta que requiere nuevas respuestas globales. Y lo cierto es que estas respuestas deberían ser jurídicas y partir de una innovadora propuesta desde el derecho internacional. En este sentido, el concepto de ecocidio se propugna como una figura jurídica de enorme calado que refleja la evolución del derecho en su rol esencial de articular y definir los modelos de sociedad basados en la justicia.

En definitiva, en tiempos de paz no existe en la actualidad disposición internacional que prevea la existencia de un crimen autónomo contra el medio ambiente que, por su especial entidad o gravedad, supere el marco doméstico donde se haya cometido y tenga graves consecuencias internacionales.

---

38 VERDÚ BAEZA, J. “Ecocide, a new legal figure under construction”, *International Workshop on cross-cutting topics in legal studies*. Cham: Springer Nature Switzerland, 2023, pp. 195-203.

#### IV. PROPUESTAS DE REFORMA DEL ESTATUTO DE ROMA

En los últimos años se ha generado un debate sobre la conveniencia de situar a un nivel internacional la persecución del nuevo crimen y se ha cuestionado el marco institucional idóneo que tuviera competencia sobre esta nueva figura. Entre otras posibilidades, se ha planteado la reforma del Estatuto de la Corte Penal Internacional que es probablemente la opción que ha adquirido mayor fuerza frente a otras propuestas como pueden ser la reforma de la Carta de Naciones Unidas mediante un órgano *ad hoc*<sup>39</sup>, la utilización de las cortes de arbitraje<sup>40</sup>, o la creación de un tribunal internacional de medioambiente, opción ésta que pudiera ser más atractiva en teoría pero que, indudablemente, presenta insalvables dificultades prácticas<sup>41</sup>.

La abogada británica Polly Higgins que hemos citado anteriormente en este trabajo, fundadora de *Stop Ecocide International* y extraordinariamente activa en el impulso de la figura de genocidio presentó ante la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 2010 una propuesta tendente a incorporar el ecocidio en el derecho internacional vigente, defendiendo que la Corte Penal Internacional pudiera ser el marco más adecuado y coherente para la persecución internacional de este nuevo crimen. Ella consideraba que si en el momento de constitución de la Corte no fue posible su inclusión, a raíz de los debates académicos y presión de la sociedad civil y la profunda crisis ambiental del planeta, las circunstancias pudieran ser en la actualidad más propicias y favorecedoras<sup>42</sup>. No obstante, frente a una favorable aceptación de la opinión pública, los Estados se mostraron reacios y su propuesta no fue considerada positivamente. En palabras de la Relatora Especial sobre protección del medio ambiente en conflictos armados, Marie G Jacobsson, “*there are few indications that States are willing to accept one comprehensive environmental crime such as “ecocide”*”<sup>43</sup>. No obstante, lo cierto es que desde dentro de la Corte se percibió la necesidad de ampliar sus investigaciones en materia de daños ambientales y así en 2016 la oficina del Fiscal publicó un interesante documento (*Policy Paper on Case Selection and Prioritisation by the Office of the Prosecutor*) que incluyó por primera vez el reconocimiento expreso de ampliar las investigaciones de la fiscalía a los daños ambientales, generando unas enormes expectativas ante la opinión pública<sup>44</sup>.

39 POSTIGLIONE, A., “A more efficient international law on the environment and setting up an international court for the environment within the United Nations”, *Environmental Law Review*, 1990, vol. 20, p. 321.

40 REST, A., “An International Court for the Environment: the role of the Permanent Court of Arbitration”, *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, 1999, vol. 4, p. 107. THIEFFRY, P., “International Arbitration of Climate-Related Disputes: Prospects for Alternative Dispute Resolution” en ALOGNA, I. (ed.), *Climate Change Litigation: Global Perspectives*. Brill Nijhoff, 2021, pp. 462-480.

41 Véase DE PABLO SERRANO, A., “Por una convención internacional contra los ecocrímenes y un tribunal internacional del medioambiente”, *Revista Penal México*, nº 21, 2022, pp. 63 – 79. MURPHY, S. D., “Does the world need a new international environmental court”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1999, vol. 32, p. 333. PEDERSEN, O. W., “An International Environmental Court and International Legalism”, *Journal of Environmental Law*, vol. 24, nº 3, 2012, pp. 547 – 588.

42 HIGGINS, P., *Eradicating Ecocide: exposing the corporate and political practices destroying the planet and proposing the laws to eradicate ecocide*. Shepard-Walwyn (IPG), 2016.

43 International law Commission, A/CN.4/700, *Third Report on the Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts by Marie G. Jacobsson, Special Rapporteur*, 3 June 2013.

44 Expectativas que fueron defraudadas en poco tiempo al faltar en la práctica un enfoque medioambiental decidido y coherente. Puede consultarse el documento citado en: ICC, “Policy Paper on Case Selection and Prioritisation,” Office of the Prosecutor, The Hague, 15 September 2016.

A pesar de la resistencia generalizada a una modificación de las competencias de la CPI, Vanuatu y Maldivas, como hemos mencionado anteriormente, dos Estados archipelágicos amenazados directamente por las consecuencias del cambio climático al ser muy vulnerables ante la subida del nivel del mar solicitaron en 2019 el inicio de proceso de modificación del Estatuto de Roma con el fin de incluir el crimen de ecocidio como quinto crimen internacional<sup>45</sup>.

La declaración de la República de Maldivas fue presentada por el Sr. Ahmed Saleem, miembro de su parlamento nacional y presidente de la Comisión sobre Cambio Climático y Medio Ambiente el 3 de diciembre de 2019 en la 18ª sesión de los Estados Parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional y se basó fundamentalmente a las afectaciones a su país por el cambio climático y la ineficacia de los mecanismos jurídico internacionales existentes: “Es innegable que la amenaza más grave para nuestra nación insular, las Maldivas, y para la humanidad en general, es el cambio climático. El cambio climático está erosionando nuestro modo de vida, nuestros medios de subsistencia, nuestra economía y nuestras aspiraciones a un futuro mejor. Está destruyendo los cimientos de nuestra economía y nuestro sistema natural de defensa. Ha pasado una década desde que recordamos al Consejo de Seguridad que una subida media del nivel del mar de dos metros bastaría para sumergir prácticamente todas las Maldivas bajo el agua. Sin embargo, no vemos ningún esfuerzo serio por parte por parte de los grandes países emisores para salvar a la humanidad de la inminente catástrofe del cambio climático. Vemos poca o ninguna acción concreta a nivel multilateral para provocar los cambios transformadores necesarios para prevenir las repercusiones del cambio climático. Nos preocupa gravemente que esta inacción conduzca en última instancia a la muerte de naciones como la nuestra. Estudio tras estudio, los científicos vienen advirtiéndolo de que el cambio climático está matando a un número cada vez mayor de personas cada año, privando de agua dulce a decenas de millones de personas, desplazando poblaciones y, como consecuencia, provocando conflictos y migraciones involuntarias a gran escala”.

Concluyendo que “Apoyamos el Acuerdo de París y pedimos a la comunidad internacional que aumente su ambición para mantener el calentamiento global muy por debajo de 1,5 grados centígrados. Al mismo tiempo, creemos que el sistema justicia internacional tiene un papel que desempeñar en la prevención de la catástrofe climática. La CPI tiene la capacidad de contribuir a los cambios drásticos de comportamiento necesarios para cumplir los objetivos del Acuerdo de París<sup>46</sup>. Los países que se encuentran en primera línea del cambio climático, como Maldivas, no disponen del lujo de tiempo para negociar otro instrumento jurídico internacional para luchar contra los delitos medioambientales. Creemos que ha llegado el momento de considerar una enmienda al Estatuto de Roma que tipifique como delito actos que constituyan ecocidio. Es hora de que la justicia para las víctimas del cambio climático se reconozca como parte integrante del sistema internacional de justicia penal”<sup>47</sup>.

---

45 Esta solicitud se realizó en la 18ª Sesión de los Estados Partes al Estatuto de la Corte Penal Internacional. Puede verse toda la información y documentación en: <https://asp.icc-cpi.int/sessions/documentation/18th-session>

46 El subrayado es nuestro.

47 Puede verse la Declaración escrita de Maldivas en: [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP18/GD.MDV.3.12.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP18/GD.MDV.3.12.pdf)

Como hemos visto, el representante de Maldivas realiza una vinculación directa a los estragos del cambio climático y el rol de la CPI para conseguir los objetivos del Acuerdo de París. En el mismo sentido se pronunció el representante de Vanuatu, su embajador ante la UE, Sr. Licht que menciona que los desafíos sin precedentes causados por la emergencia climática requieren cooperación internacional sin precedentes y defiende la modificación del Estatuto de Roma para incluir el ecocidio en cuanto que “*el cambio climático supone una amenaza existencial para todas las civilizaciones*”<sup>48</sup>.

La modificación del Estatuto de Roma para la incorporación de un quinto crimen internacional requiere de un proceso largo e incierto, pero un buen número de países e instituciones se han unido al debate junto a varias ONGs y distintas personalidades con cierto peso internacional. La revisión del Estatuto está prevista en su artículo 123 que prevé, transcurrido un plazo de siete años desde su entrada en vigor, la posibilidad de una Conferencia de Revisión de los Estados Partes a petición de un Estado parte que podría examinar la lista de los crímenes competencia de la Corte y recogidos en su artículo 5. La gran duda es si, convocada eventualmente la Conferencia, se podrían reunir los porcentajes de Estados miembros requeridos para la aprobación y entrada en vigor de toda enmienda del Estatuto examinada en una Conferencia de Revisión.

En enero de 2021, en una enmienda a su informe sobre derechos humanos y democracia en el mundo, el Parlamento Europeo votó a favor de instar “a la UE y a los Estados miembros a que promuevan el reconocimiento del ecocidio como crimen internacional en virtud del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)”<sup>49</sup>. En mayo de 2021 dos informes del Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo trataron el tema de ecocidio, uno sobre la responsabilidad de las empresas por daños medioambientales que instaba a la Comisión Europea a “estudiar la relevancia del ecocidio para la legislación y la diplomacia de la UE” (párrafo 12)<sup>50</sup>, y un segundo informe sobre los efectos del cambio climático en los derechos humanos y el papel de los defensores del medio ambiente en este asunto que resolvió animar “a la UE y a sus Estados miembros a que tomen una iniciativa audaz [...] para allanar el camino en el seno de la Corte Penal Internacional (CPI) hacia nuevas negociaciones entre las partes con vistas a reconocer el “ecocidio” como delito internacional en virtud del Estatuto de Roma” (párrafo 11)<sup>51</sup>. En la *Estrategia de la UE sobre biodiversidad de aquí a 2030: reintegrar la naturaleza a nuestras vidas*, aprobada por la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de junio de 2021, se dice en el apartado 16: “Anima a la Unión y a los Estados miembros a promover el reco-

---

48 Puede verse el discurso del embajador de Vanuatu en el Debate General de la 18ª Sesión de la asamblea de Estados parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en: [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP18/GD.VAN.2.12.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP18/GD.VAN.2.12.pdf)

49 Parlamento Europeo, 2020/2208(INI), *Resolución sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto – Informe anual 2019*, 20 de enero de 2021.

50 Parlamento Europeo, A9-0112/2021, *Informe sobre la responsabilidad de las empresas por daños ambientales*, 6 de abril de 2021.

51 Parlamento Europeo, A9-0039/2021, *Informe sobre los efectos del cambio climático en los derechos humanos y el papel de los defensores ambientales en esta materia*, 10 de marzo de 2021.

nocimiento del ecocidio como delito internacional en virtud del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)<sup>52</sup>.

En el informe del Parlamento Europeo de 17 de febrero de 2022 *Derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto*, se recoge:

“49. Es consciente de que el cambio climático es una de las mayores amenazas a las que se enfrentan los derechos humanos tanto de nuestra generación como de las venideras al representar en particular un grave riesgo para los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la alimentación, a la vivienda y a un nivel de vida satisfactorio de las personas y las comunidades; (...) y anima a la Unión y a los Estados miembros a que promuevan el reconocimiento del ecocidio como delito internacional en virtud del Estatuto de Roma de la CPI y pide que la Comisión estudie la pertinencia del ecocidio en el Derecho y la diplomacia de la Unión; solicita a la Unión y a los Estados miembros que adopten iniciativas audaces para luchar contra la impunidad de los delitos contra el medio ambiente a escala mundial<sup>53</sup>.”

También el Consejo de Europa se ha pronunciado sobre el ecocidio, así en la Resolución 2477 de 2023 de su Asamblea Parlamentaria se pide que se reconozca el ecocidio<sup>54</sup>, basándose en un informe de su Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible sobre el impacto medioambiental de los conflictos armados (Recomendación 2446 de 2023).

A estas propuestas hay que sumar las iniciativas individuales de un buen número de países que instan al reconocimiento del ecocidio como crimen internacional<sup>55</sup>. Indudablemente esas iniciativas han generado un enriquecedor debate sobre las perspectivas de una posible enmienda al Estatuto de Roma, aunque es evidente que su evolución es cuanto menos incierta. Salvando las distancias, recordemos aunque sea de manera somera el largo proceso requerido para la inclusión del crimen de agresión, tipo penal abierto en su formulación inicial, que desde 2002, fecha de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, tuvo que esperar a 2010 en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala (Uganda) cuando se aprobó una enmienda que incorpora el nuevo artículo 8 bis, quedando pendiente su activación hasta la 16ª Asamblea de Estados Parte que decidió por consenso en diciembre de 2017, no entrando en vigor hasta el 18 de julio de 2018, esto es, veinte años desde la vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, además, con un régimen que complica enormemente el ejercicio de su jurisdicción en relación con el crimen de agresión<sup>56</sup>.

---

52 Parlamento Europeo, [2020/2273\(INI\)](#), *Resolución sobre la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030: Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas*, 9 de junio de 2021.

53 Parlamento Europeo, [2021/2181\(INI\)](#), *Resolución sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto – Informe anual 2021*, 17 de febrero de 2022.

54 Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, 2477 (2023), *Resolución sobre el impacto ambiental de los conflictos armados*, 25 de enero de 2023.

55 La Comisión de Transición Ecológica Congreso de los Diputados de España aprobó el 11 de mayo de 2022 una Proposición No de Ley (PNL) instando al Gobierno a impulsar el reconocimiento del ecocidio como un delito internacional, y también a valorar incluirlo en el Código Penal. En diciembre de 2020, la Comisión de Exteriores del Congreso también aprobó una PNL en el mismo sentido.

56 Véase FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “Entrada en vigor y ejercicio por la Corte Penal Internacional de la jurisdicción sobre el crimen de agresión”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 25, 2013, pp. 1-24.

## V. ¿VAN EN DIRECCIÓN CORRECTA LAS PROPUESTAS DE REFORMA?

Independientemente del largo y farragoso proceso de revisión y enmienda del Estatuto de Roma previsto en sus artículos 121 y 123 y de las dificultades de su ejercicio posterior de jurisdicción en la eventualidad que la enmienda prosperara al requerir una doble ratificación, la cuestión que queremos plantear en este trabajo es la pertinencia del enfoque que consiste en vincular la lucha contra el cambio climático y conseguir los objetivos del Acuerdo de París con la figura innovadora que constituye el ecocidio como quinto crimen internacional tal y como se ha planteado.

Efectivamente, hemos visto en el epígrafe anterior como gran parte de las diferentes propuestas de reforma del Estatuto de Roma se iniciaban en su argumentación con una alusión a los graves efectos del cambio climático y las dificultades de conseguir mantener el umbral de calentamiento por debajo de 1.5 grados sobre los niveles preindustriales, objetivo del Acuerdo de París. En concreto, Maldivas y Vanuatu planteaban en sus propuestas de reforma de la CPI el desafío del cambio climático como una amenaza existencial contra la viabilidad futura de estos Estados y la persistencia de sus elementos constituyentes.

Parece evidente que la crisis climática es a su vez una crisis ecológica incontestable. Sin embargo, el concepto de crisis ecológica desde el que surge el concepto de ecocidio es más amplio y no necesariamente vinculado al cambio climático. La figura de ecocidio no debería estar vinculada de forma preferencial y casi exclusiva con la crisis climática. Existen un buen número de dudas sobre si el planteamiento de reforma del Estatuto de la CPI en los términos planteados, vinculando el concepto de ecocidio con cambio climático, es la vía correcta para abordar la posible revisión del Estatuto de Roma. Y ello, de forma muy sucinta en esta nota, por las siguientes razones:

### 1. La necesidad de universalidad para afrontar el cambio climático

En primer lugar, entendemos que el marco internacional de lucha contra el cambio climático requiere de universalidad para tratar de lograr sus objetivos. Es bien conocido que uno de los principales problemas de la Corte Penal Internacional es que la participación de los Estados es ciertamente limitada faltando actores claves en las relaciones internacionales y, por supuesto, indispensables en la lucha contra el cambio climático como Estados Unidos, Rusia, China, India, etc. En la actualidad son limitados los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (solo 124 en la actualidad, además, dos Estados se han retirado, Burundi y Filipinas). La necesidad de doble ratificación necesaria en una eventual enmienda del Estatuto para introducir un nuevo artículo 8 ter reduciría previsiblemente aún más su ámbito de aplicación.

Es nuestra opinión que cualquier iniciativa jurídica tendente a afrontar el desafío contra el cambio climático debe aspirar a la universalidad en su aplicación, como en su día representó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático con membresía casi universal o el Acuerdo de París que cuenta con 195 signatarios, 194 Estados y la Unión Europea. Esta práctica unanimidad es un requisito básico para un funcionamiento efectivo de un



marco internacional sobre el cambio climático a pesar de las dificultades para conseguir sus objetivos a través de los mecanismos diseñados en los instrumentos y acciones internacionales. La historia de la acción climática internacional, especialmente con las lecciones aprendidas con la dificultad de implementación del protocolo de Kioto, nos muestra que el gran desafío es tratar de alcanzar la universalidad en la respuesta jurídica internacional<sup>57</sup>.

## **2. La difícil identificación de una responsabilidad internacional en el cambio climático**

En segundo lugar, la responsabilidad individual de las personas físicas, eje de la jurisdicción y funcionamiento de la Corte Penal Internacional, no parece la técnica jurídica adecuada para los graves problemas derivados de la exigencia de responsabilidad sobre las causas del cambio climático. Los informes técnicos que han estudiado este fenómeno sitúan el centro del problema en la emisión de gases de efecto invernadero, junto a otros factores adicionales concomitantes, que es consecuencia, no de decisiones individuales fácilmente identificables, sino de un complejo modelo de desarrollo seguido desde la revolución industrial y con múltiples actores, instituciones y agentes involucrados en diferente medida. Ciertamente no parece que se trate de decisiones individuales con fácil identificación de responsabilidad. La posible inclusión de las entidades mercantiles como eventuales responsables penales quizás pudiera matizar nuestra aseveración, pero indudablemente ello requeriría una revisión en mayor profundidad del Estatuto de Roma, añadiendo mayor complejidad y dificultad al proceso. Como señala Iglesias Márquez, la posible incorporación de los crímenes ambientales dentro de la competencia *ratione materiae* de la CPI plantea, a su vez, la necesaria revisión de la competencia *ratione personae*, especialmente en relación con las personas jurídicas<sup>58</sup>. El citado autor ve viable esta reforma en la agenda pendiente de la CPI y a pesar de reconocer las limitadas capacidades prácticas y los escasos recursos de la CPI para atender todas y cada una de las situaciones que se le presentan identifica el verdadero impacto real de la enmienda en los sistemas jurídicos nacionales. Esta conclusión es probablemente acertada, pero discrepamos en el sentido que él no ve utópica esta reforma y a nosotros nos parece que presenta dificultades insalvables dada la situación actual de la Corte y la feroz oposición a esta institución de algunos Estados clave, entre ellos Estados Unidos y China, países donde, por cierto, se ubican las principales grandes empresas multinacionales.

## **3. Las dificultades del elemento subjetivo**

En tercer lugar, los requisitos del elemento subjetivo previstos en el Estatuto de Roma plantean problemas específicos respecto a la propuesta de ecocidio en general y a su vinculación con el fenómeno del cambio climático, en particular. El Estatuto de Roma, a diferencia de los estatutos de los tribunales internacionales precedentes estableció un criterio general para el

---

57 LUOMI, M., “Global Climate Change Governance: The search for effectiveness and universality”, *IISD*, no 6, 2020, pp. 1–11.

58 MÁRQUEZ, D. I., “La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales”, *Sequência (Florianópolis)*, 2021, pp. 89-122.

elemento subjetivo y no para cada uno de los crímenes sobre los que tiene competencia. Este criterio es extraordinariamente restrictivo como expresamente se trató en los trabajos preparatorios<sup>59</sup>. El elemento de intencionalidad está establecido en su artículo 30 de su Estatuto y estipula que a menos que se disponga lo contrario, una persona debe asumir la responsabilidad penal si los elementos materiales del crimen se cometieron con “intención y conocimiento”. “Conocimiento” se define como “conciencia de que existe una circunstancia o de que se producirá una consecuencia en el curso ordinario de los acontecimientos”. Parece obvio que este requisito establece unos requisitos probatorios sobre el elemento de intencionalidad que dificultan enormemente en la práctica el ejercicio de la acusación.

Estas dificultades derivadas del elemento subjetivo son reconocidas expresamente por el panel de expertos de la Fundación Stop Ecocidio en los comentarios a la definición propuesta de ecocidio, y trata de buscar una fórmula de solución a través de la imprudencia temeraria o *dolus eventualis* como la vinculación subjetiva exigida para tener por establecida la conciencia de una probabilidad sustancial de que se causen daños graves que sean extensos o duraderos<sup>60</sup>. Esta subjetividad debería ser para el Panel suficientemente onerosa para asegurar que solo se exigirán responsabilidades de las personas con culpabilidad significativa respecto de daños graves al medioambiente tratando de respetar lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto. No obstante, como ha identificado Minkova, la elección de la terminología no parece haber resuelto la cuestión al utilizar la expresión “...a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial...” pareciendo más razonable que se elimine el término “a sabiendas”<sup>61</sup>. En cualquier caso, es nuestra opinión que los requisitos del artículo 30 del Estatuto dificultan enormemente la persecución penal de los presuntos responsables de las decisiones individuales en un marco institucional público o empresarial conducentes a un incremento de emisiones de gases de efecto invernadero en cuanto que los contextos de toma de decisiones en este ámbito son enormemente complejos con múltiples condicionantes. Adicionalmente, estas decisiones son normalmente el resultado de un proceso plural donde intervienen diversos actores con diferente grado de responsabilidad.

## VII. CONCLUSIÓN

El complejo marco jurídico internacional de lucha contra el cambio climático está mostrando con claridad muchas de sus importantes carencias y problemáticas en relación con un fenómeno cuyas consecuencias son extraordinariamente negativas y que afectan gravemente las posibilidades de habitar nuestro planeta. A pesar de una ya larga historia de instrumentos internacionales, políticas y acciones climáticas, lo cierto es que los informes científicos nos

59 CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., “Estudios sobre la Corte Penal Internacional”, *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*, Dykinson, 2018.

60 Pueden consultarse los comentarios a la definición de ecocidio propuesta por el panel de expertos en: <https://static1.squarespace.com/static/5dc6872e31b7714fd3f72993/t/60e2c4c688831b70af69dd72/1625474256977/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+ES+rev3.pdf>

61 MINKOVA, L. G., “The Fifth international Crime: Reflections on the Definitions of Ecocide”, *Journal of Genocide Research*, vol. 25, 2023, Issue 1, pp. 62 – 83.

vienen advirtiendo que nos acercamos peligrosamente al umbral de aumento de temperatura de 1.5 grados sobre los niveles preindustriales, identificado por la comunidad científica como punto crítico o de no retorno que no deberíamos atravesar. Además del calentamiento global, superando recientemente records históricos de temperatura en varias partes de la tierra, los fenómenos meteorológicos extremos se vienen multiplicando interactuando con otros fenómenos climáticos que está cambiando las condiciones de habitabilidad de nuestro planeta. Y, sin embargo, los modelos de transformación de los sistemas productivos no están cambiando a la velocidad deseada continuando peligrosamente las emisiones de gases de efecto invernadero. En otras palabras, parece claro que el sistema jurídico internacional puesto en marcha para abordar la crisis climática no está funcionando adecuadamente. Por ello, ante las importantes amenazas y desafíos pendientes es necesario explorar e identificar márgenes de actuación dentro del derecho internacional ya que, indudablemente, para ser verdaderamente eficaces las respuestas internacionales frente a la crisis climática deben ser jurídicas.

Diversos sectores de la sociedad civil, así como varios de los Estados más vulnerables ante los efectos del cambio climático han venido propugnando la necesidad de poner en marcha una figura jurídica innovadora, el ecocidio, en un proceso de modificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional incluyéndolo como quinto crimen internacional como respuesta jurídica a la grave crisis climática. No obstante, por las razones que hemos tratado de sintetizar en este trabajo, esta propuesta a nuestro juicio plantea diversos problemas que hacen poco viable esta fórmula en relación con la lucha internacional contra el cambio climático.

En primer lugar, parece fundamental que para conseguir sus objetivos toda acción climática internacional debe tratar de conseguir la mayor universalidad posible involucrando al mayor número de Estados y actores con responsabilidad en la emisión de gases de efecto invernadero. Como es bien conocido, el Estatuto de Roma no cuenta con el apoyo de Estados claves como Estados Unidos y China, circunstancia relevante que determina que no sea el marco jurídico internacional adecuado como respuesta ante los graves problemas planteados por el cambio climático.

Por otra parte, entendemos que el núcleo de responsabilidad en relación con las causas del cambio climático no es individual (aunque no se puede descartar en ciertos casos específicos), sino de los Estados, verdadero eje del sistema internacional y es el marco de competencias estatales donde se deben buscar soluciones, identificar sus obligaciones y analizar adecuadamente las posibles responsabilidades. En este sentido, es de especial interés la solicitud de la Asamblea General de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de los Estados en relación con el cambio climático solicitada por la Asamblea General, junto a otras opiniones solicitadas a tribunales internacionales.

Por último, los requisitos del elemento subjetivo previstos en el Estatuto de Roma plantean problemas difícilmente salvables en cuanto a eventuales responsabilidades individuales relacionadas con la presunta comisión de crímenes de ecocidio en relación con el cambio climático.

En cualquier caso, la posibilidad de introducir como crimen internacional el ecocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque sea un proceso cargado de profundas incertidumbres, nos parece una iniciativa altamente interesante y valiosa en relación con crímenes

internacionales contra el medio ambiente con efectos globales. La utilización del derecho penal internacional, como *ultima ratio*, parece adecuada cuando se cometen graves violaciones de los principios medioambientales más básicos, causando daños de magnitud intensa en cuanto que estos comportamientos suelen quedar impunes y sin respuestas en los sistemas nacionales por diversas razones. Además, la percepción social es que este grave crimen no es una mera infracción administrativa que debe resolverse en el ámbito doméstico, sino que es uno de los crímenes más graves que justifican la preocupación internacional.

Ahora bien, la figura de ecocidio no debería vincularse en exclusividad a los efectos del cambio climático. La utilización del derecho penal internacional como regla general parece no encajar adecuadamente en el marco de la acción climática internacional que requiere una profunda reforma de la sociedad internacional y sus sistemas productivos y que debe abordarse mediante marcos de negociación global, cambios sociales y la participación de otros ámbitos jurídicos.

# EL CONFLICTO ENTRE ARMENIA Y AZERBAIYÁN EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES UNIVERSALES: EL PAPEL DE LAS NACIONES UNIDAS

## *THE CONFLICT BETWEEN ARMENIA AND AZERBAIJAN BEFORE UNIVERSAL INTERNATIONAL ORGANISATIONS: THE ROLE OF THE UNITED NATIONS*

ARTAK MKRTICHYAN MINASYAN\*  
ANA MARÍA MAESTRO CORTIZAS\*\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA DISCRETA ACTUACIÓN DEL SECRETARIO GENERAL. III. EL CONSEJO DE SEGURIDAD: DE LAS RESOLUCIONES DE LOS AÑOS 90 AL SILENCIO ACTUAL. IV. LA ASAMBLEA GENERAL: EL RIESGO DE ABUSO DE LOS PROCEDIMIENTOS POR PARTE DE ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS. V. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES, ORGANISMOS ESPECIALIZADOS Y OTRAS ENTIDADES. VI. LA JUDICIALIZACIÓN PARCIAL DEL CONFLICTO: EL PAPEL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. VII. CONCLUSIONES

**RESUMEN:** Tras varias décadas de búsqueda de una solución política del conflicto, la segunda guerra de Nagorno Karabaj ha supuesto un gran cambio en la situación sobre el terreno e incluso en las posiciones de las partes. En un primer momento, la posición de las Naciones Unidas (y, en particular, del Consejo de Seguridad) sobre el conflicto fue decisiva y determinó la posición de otros actores internacionales. Sin embargo, con el paso de los años, esta Organización internacional ha sido incapaz de adaptar sus resoluciones y su respuesta en general a la evolución del conflicto. Este trabajo aborda el examen de la posición de los principales órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas sobre el conflicto entre Armenia y Azerbaiyán, incluyendo su dimensión judicial, teniendo en cuenta el contexto de cierta crisis y los intentos de revisión del papel de las Naciones Unidas en el ámbito de la paz y la seguridad.

**ABSTRACT:** *After several decades of searching for a political solution to the conflict, the second Nagorno-Karabakh war has brought about a great change in the situation on the ground and even in the positions of the parties. At first, the stance of the United Nations (and, in particular, the Security Council) on the conflict was decisive and determined the position of other international actors. However, over the years, this international Organisation has been unable to adapt its resolutions and its response in general to the evolution of the conflict. This work examines the position of the main organs and organisations of the United Nations system on the conflict between Armenia and Azerbaijan, including its judicial dimension, taking into account the context of a certain crisis and the attempts to review the role of the United Nations in the field of peace and security.*

**PALABRAS CLAVE:** Naciones Unidas, Armenia, Azerbaiyán, Nagorno Karabaj, multilateralismo

**KEYWORDS:** *United Nations, Armenia, Azerbaijan, Nagorno-Karabakh, multilateralism*

---

Fecha de recepción del trabajo: 14 de abril de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 24 de mayo de 2024.

\* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidade da Coruña ([a.mkrtychyan@udc.es](mailto:a.mkrtychyan@udc.es)). Estudio realizado en el marco del proyecto “Grupo con Potencial de Crecimiento”, Xunta de Galicia (ref. ED431B 2023/05). Todas las páginas web han sido comprobadas el 12 de abril de 2024, fecha de finalización de la redacción de este trabajo.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidade da Coruña.

## I. INTRODUCCIÓN

Con el inicio de la política de perestroika (reestructuración) y glasnost (transparencia) de la Unión Soviética (en adelante, URSS) en 1985, cobraron mayor visibilidad las tensiones étnicas presentes en el país, como fue el caso entre armenios y azeríes. Reflejo de ello fueron las políticas discriminatorias de la República Soviética Socialista (en adelante, RSS) de Azerbaiyán contra la población armenia del país hasta llegar a los pogromos y limpiezas étnicas de dicha población en las ciudades Sumgait, Kirovabad (actualmente, Ganja) y Bakú en los años 1988-1990. Estos acontecimientos provocaron manifestaciones masivas de la población armenia en la RSS de Armenia con la demanda a Moscú de la transferencia de la administración de la Región Autónoma de Nagorno Karabaj, cuya población mayoritaria era armenia, de la RSS de Azerbaiyán a la RSS de Armenia. Demandas similares también habían sido manifestadas por la propia Región Autónoma de Nagorno Karabaj. En estas circunstancias, el 20 de febrero de 1988, el Consejo de delegados de la Región Autónoma adoptó la decisión de solicitar a los parlamentos de la URSS, de la RSS de Azerbaiyán y de la RSS de la Armenia dicha transferencia de la administración de la región autónoma.

El Parlamento armenio dio su visto bueno a esta solicitud, mientras que el parlamento azerí la rechazó. Moscú también rechazó dicha solicitud, pero constituyó un comité de gobierno especial para la administración de Nagorno Karabaj directamente desde Moscú, retirando así su administración por parte de Bakú. Un año más tarde, el 1 de diciembre de 1989, a la vista del colapso de la URSS, los parlamentarios armenios y los representantes de la administración de Nagorno Karabaj adoptaron una decisión conjunta sobre la reunificación de Nagorno Karabaj con Armenia.<sup>1</sup>

La solución jurídica a esa difícil y enredosa situación fue proporcionada por la ley de la URSS, de 3 de abril de 1990, sobre el procedimiento de secesión de la República Soviética de la URSS, cuyo artículo 3 instaba a que, en el caso de que una república soviética proclamase su independencia de la URSS, las regiones autónomas de su territorio tendrían derecho igualmente independizarse de esa república y a determinar su futura condición de manera libre<sup>2</sup>. Al amparo de la ley citada, el 30 de agosto de 1991, Azerbaiyán declaró su independencia de la URSS. Días más tarde, el 2 de septiembre de 1991, la Región Autónoma de Nagorno Karabaj declaró su propia independencia de Azerbaiyán. De esta manera, en el momento de la disolución de la URSS, sobre la misma base jurídica, de la antigua RSS de Azerbaiyán se formarían dos entidades independientes la propia República de Azerbaiyán y la República de Nagorno Karabaj<sup>3</sup>, hecho discutido, no obstante, por Azerbaiyán.

1 Joint resolution of Armenia SSR and Nagorny Karabakh Oblast on reunification. December 1, 1989, disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/67c50c/pdf/>.

2 Союз Советских Социалистических Республик закон о порядке решения вопросов, связанных с выходом Союзной Республики из СССР, 3 апреля 1990 года [“ley de la URSS de 3 de abril de 1990 sobre el procedimiento para resolver cuestiones relacionadas con la retirada de la república de la unión de la URSS”], disponible en [https://www.libussr.ru/doc\\_ussr/usr\\_16379.htm](https://www.libussr.ru/doc_ussr/usr_16379.htm).

3 *Vid.* LUCHTERHANDT, O., “Der Status der Republik Berg-Karabach aus der Sicht des sowjetischen Staatsrechts” en KANNATIAN, R. (Ed.), *Geschichte und Gegenwart in schwierigem Umfeld*, Frankfurt, 1998, pp. 266 – 286. Para un contexto más amplio de este conflicto en el marco de la situación posterior a

Como respuesta a esta situación, Azerbaiyán lanzó una operación militar a gran escala contra Nagorno Karabaj, que es conocido como la primera guerra de Nagorno Karabaj y culminó con el fracaso del ejército de Azerbaiyán y la firma del alto de fuego firmado en Biskek entre los representantes de Armenia, Nagorno Karabaj y Azerbaiyán el 5 de mayo de 1994, congelándose así el conflicto durante casi tres décadas. El papel de mediación entre las partes confrontantes fue asumido por el Grupo de Minsk de la OSCE<sup>4</sup>, establecido en 1992 con el fin de impulsar una resolución pacífica y negociada del conflicto de Nagorno Karabaj en los términos de los arts. 33 y 53 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>5</sup>, el primero, relativo al arreglo pacífico de controversias y el segundo, a los organismos regionales. Sin embargo, resultó evidente la incapacidad del Grupo de Minsk, cuya última propuesta de mediación para la resolución del conflicto fue adoptada en el lejano 2009 con el título de “Principios de Madrid actualizados”. A nuestro entender, dicha situación fue dada por intereses divergentes de los Estados copresidentes del Grupo de Minsk en relación con este conflicto, pero también por la falta de transparencia durante todo el proceso de negociaciones entre las partes<sup>6</sup>. Ciertamente, la segunda guerra de Nagorno Karabaj de 2020 planteó serias dudas sobre la eficacia y el futuro del Grupo de Minsk de la OSCE, siendo su última declaración conjunta sobre el conflicto

---

la desintegración de la Unión Soviética, *vid.* SAINZ GSELL, N., “Apuntes sobre un proceso en materia de gestión de conflictos en Europa: el Alto Karabaj y las organizaciones internacionales”, en FLORES JUBERÍAS, C. (Ed.), *Estudios sobre la Europa Oriental*, Universitat de València, Valencia, 2002, pp. 519 – 542; PRIEGO MORENO, A., *El Cáucaso: del fin de la URSS a la Revolución de la Rosa*, UNISCI, Madrid, 2009; BÁRCENAS MEDINA, L. A., y LÓPEZ JIMÉNEZ, J. Á., *Los conflictos congelados de la antigua Unión Soviética*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011; RUIZ GONZÁLEZ, F. J., “El Gran Cáucaso: Nagorno-Karabaj”, en Ministerio de Defensa (Ed.), *Panorama geopolítico de los conflictos 2011*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pp. 87 – 108; RUSSETSKY, A., “Una aproximación geopolítica al Cáucaso”, *Cuadernos de Estrategia*, n.º 156, 2012, pp. 23 – 72; BLANC ALTEMIR, A., “Processes of secession and succession of States in the post-Soviet space with attention to the so-called ‘de facto States’”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 22, 2018, DOI: 10.17103/sybil.22.15, pp. 283 – 311; LÓPEZ JIMÉNEZ, J. Á., “El Vecindario oriental de la Unión Europea y los conflictos post-soviéticos”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, vol. 4, n.º 2, 2018, pp. 49 – 66; BOTTA, P., “Enfrentamiento entre Armenia y Azerbaiyán”, *bie3: Boletín IEEEE*, n.º 19, 2020, pp. 626 – 638; CASTRO TORRES, J. I., “Nagorno Karabaj: un nudo gordiano en mitad del Cáucaso”, *bie3: Boletín IEEEE*, n.º 20, 2020, pp. 68 – 86; SETIÉN, S., *Conflicto de Nagorno Karabaj 2020: ¿nos encontramos ante la solución definitiva?*, IEEEE, Madrid, 2020, pp. 1 – 20; REGUERA SÁNCHEZ, J., “Nagorno Karabaj... o la guerra de nunca acabar”, *Ejército: Revista del Ejército de Tierra Español*, n.º 959, 2021, pp. 20 – 26; RUYS, T., y RODRÍGUEZ SILVESTRE, F., “Illegal: The Recourse to Force to Recover Occupied Territory and the Second Nagorno-Karabakh War”, *European Journal of International Law*, vol. 32, n.º 4, 2021, pp. 1287 – 1297; ECHEVERRÍA JESÚS, C., “Evolución política y estratégica en el Cáucaso y Asia Central y su incidencia en la política exterior rusa”, en Ministerio de Defensa, *Influencia Rusa en su Entorno Geopolítico*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2022, pp. 64 – 94, y YEMELIANOVA, G. M., “The De Facto State of Nagorno-Karabakh: Historical and Geopolitical Perspectives”, *Europe-Asia Studies*, vol. 75, n.º 8, 2023, pp. 1336 – 1359.

4 El Grupo de Minsk de la OSCE está copresidido por Rusia, Estados Unidos y Francia, e incluye a Bielorrusia, Alemania, Italia, Suecia, Finlandia, Turquía, Armenia, Azerbaiyán y la Troika de la OSCE.

5 San Francisco, 26 de junio de 1945, XV UNCIO 335.

6 *Vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, J.A., “La OSCE y el espacio post-soviético: 30 años de prevención y resolución de conflictos. Una valoración crítica” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 41, 2021, p. 20. Sobre esta cuestión, *vid.* también, *v. gr.*, CAVANAUGH, C., “OSCE and the Nagorno-Karabakh Peace Process”, *Security and Human Rights*, vol. 27, n.º 3-4, 2016, pp. 422 – 441.

de Nagorno Karabaj en diciembre de 2021, donde de nuevo se reafirmaba su compromiso de seguir trabajando para su solución pacífica y duradera<sup>7</sup>.

En este trabajo, se analizará la respuesta de las Naciones Unidas, como principal Organización internacional universal de carácter general, al conflicto entre Armenia y Azerbaiyán, que, si bien en un principio estaba vinculado a la cuestión de Nagorno Karabaj, en los últimos años se ha diversificado a raíz de los acontecimientos más recientes (la invasión de Armenia por Azerbaiyán, el trato de los prisioneros de guerra; la cuestión del patrimonio histórico, artístico y cultural, las necesidades humanitarias de la población, etc.). Como se explicará, las Naciones Unidas no siempre han mantenido actualizada su posición sobre este conflicto y se puede constatar que desde los años noventa ha perdido relevancia, optando por formas de actuar con menor peso jurídico para abordar sus desarrollos más recientes.

Para llevar a cabo dicho estudio y sistematizar esta materia, se examinarán las actuaciones de las instituciones más importantes de las Naciones Unidas y de otros organismos de su sistema. Así, tras esta introducción, que forma parte del primer capítulo de este trabajo, en el segundo capítulo, se estudiará la actuación del Secretario General, que se enmarca dentro de los esfuerzos de reforma del pilar de la paz y la seguridad internacionales de la Organización; en el tercer capítulo, se analizará la respuesta del Consejo de Seguridad, muy distinta de la producida en los años noventa y que tiene como telón de fondo los debates sobre la ineficacia y la pérdida de relevancia de la institución en los conflictos más recientes; el cuarto capítulo se dedica al estudio de la actuación de la Asamblea General y algunas de sus resoluciones en relación con este conflicto; en el quinto capítulo, se abordará la creciente intervención de los procedimientos especiales y otros órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas, y, en el sexto capítulo, se ofrece una panorámica de la judicialización del conflicto y del recurso a métodos alternativos de resolución de controversias, que constituyen un desarrollo novedoso en los conflictos entre Armenia y Azerbaiyán. Por último, se incluye una recapitulación en las correspondientes conclusiones.

## II. LA DISCRETA ACTUACIÓN DEL SECRETARIO GENERAL

Como en anteriores ocasiones, el Secretario General, directamente o a través de su portavoz, ha expresado su preocupación por el uso de la fuerza y la pérdida de vidas humanas, y ha exhortado a las partes a deponer las armas, a reanudar las negociaciones, incluyendo en el ámbito del Grupo de Minsk, y a garantizar el acceso humanitario a Nagorno Karabaj<sup>8</sup>. Asimismo, ha manifestado su apoyo a las treguas y acuerdos de alto el fuego, incluyendo la declaración

---

7 *Vid.* OSCE: “Joint Statement by the OSCE Minsk Group Co-Chair Countries”, 7 de diciembre de 2021, disponible en <https://www.osce.org/minsk-group/507320>.

8 Se trata de más de una decena de declaraciones de fecha 27 de septiembre de 2020 (SG/SM/20284), 10 de octubre de 2020 (SG/SM/20328), 18 de octubre de 2020 (SG/SM/20347), 25 de octubre de 2020 (SG/SM/20367), 31 de octubre de 2020 (SG/SM/20386), 10 de noviembre de 2020 (SG/SM/20405), 4 de diciembre de 2020 (SG/SM/20473), 27 de septiembre de 2021 (SG/SM/20933), 27 de noviembre de 2021 (SG/SM/21045), 13 de septiembre de 2022 (SG/SM/21452), 14 de diciembre de 2022, 24 de febrero de 2023 (SG/SM/21698), 2 de agosto de 2023 (SG/SM/21896) y 19 de septiembre de 2023 (SG/SM/21949),



trilateral. Estas declaraciones constituyen la base de la posición de la mayoría de actores internacionales sobre el conflicto, como se puede observar comparativamente. Especial interés revisten las declaraciones de 24 de febrero de 2023, en la que recordaba que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) son vinculantes y confiaba en que las partes las implementarían, incluyendo el desbloqueo del corredor de Lachín<sup>9</sup>. Sin embargo, el Secretario General no invocó el art. 99 de la Carta de las Naciones Unidas a causa de este conflicto<sup>10</sup>.

Estas actuaciones se han producido en un momento de debate sobre el futuro de las Naciones Unidas, que podría tener influencia en el desarrollo del conflicto. Desde 2017, el actual Secretario General ha impulsado un programa de reforma de las Naciones Unidas iniciado en 2015 y basado en tres pilares, uno de los cuales es la paz y la seguridad, para mejorar la coherencia, la eficacia y la eficiencia de la Organización<sup>11</sup>, sobre la base de los siguientes principios, establecidos en 2019: la promoción de la solución política de los conflictos, el esfuerzo de involucrar a la sociedad en su conjunto y no sólo a las élites políticas, el logro de las máximas repercusiones posibles de la presencia sobre el terreno; la asociación de todo el sistema de las Naciones Unidas, los Estados miembros y las instituciones y agentes internacionales, regiona-

---

todas ellas disponibles en <https://www.un.org/sg/en/latest/sg/statement> y <https://press.un.org/en/statements-and-messages>.

- 9 Declaraciones del Secretario General: “Autos de la Corte Internacional de Justicia en las actuaciones entre Armenia y Azerbaiyán”, 24 de febrero de 2023, disponible en <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2023-02-24/statement-attributable-the-spokesman-for-the-secretary-general-the-orders-of-the-international-court-of-justice-the-proceedings-between-armenia-and-azerbaijan>. Además de los comunicados y declaraciones del Secretario General, destacan los de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Asesora Especial sobre la Prevención del Genocidio, que, dentro de sus competencias, también han realizado distintos llamamientos a favor del cese de las hostilidades. En el mismo sentido, ha publicado diversas declaraciones UNICEF.
- 10 Como es sabido, dicho artículo establece que: “El Secretario General podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”. Este precepto ha sido invocado recientemente en el caso de la intervención en Gaza en 2023, pero el último precedente inmediatamente anterior data de 1989, cuando se invocó formal y expresamente en relación con la crisis en el Líbano.
- 11 *Vid.* Asamblea General: A/72/525, “Reestructuración del pilar de paz y seguridad de las Naciones Unidas – Informe del Secretario General”, 13 de octubre de 2017; Asamblea General: A/RES/72/262, “Cuestiones especiales relativas al proyecto de presupuesto por programas para el bienio 2018-2019”, 24 de diciembre de 2017; Asamblea General: A/72/772, “Estimaciones revisadas relacionadas con el presupuesto por programas para el bienio 2018-2019 correspondientes a la sección 3, Asuntos políticos, y la sección 5, Operaciones de mantenimiento de la paz, y el proyecto de presupuesto de la cuenta de apoyo para las operaciones de mantenimiento de la paz correspondiente al período comprendido entre el 1 de julio de 2018 y el 30 de junio de 2019, referentes a la reforma del pilar de paz y seguridad – Informe del Secretario General”, 1 de marzo de 2018, y Asamblea General: A/RES/72/262 C, “Cuestiones especiales relativas al presupuesto por programas para el bienio 2018-2019”, 5 de julio de 2018. Sobre esta cuestión, *vid.* también PÉREZ DE ARMIJO, K., “La reforma del pilar de paz y seguridad de Naciones Unidas. Respuesta a los nuevos desafíos y al riesgo de irrelevancia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 75, n.º 2, 2023, pp. 367 – 400, que comparte la conclusión de la insuficiencia de los avances en el proceso de reforma y de la reorientación de las Naciones Unidas a objetivos más pragmáticos y menos ambiciosos, además de poner de manifiesto diversas contradicciones internas entre los documentos que constituyen el fundamento de las reformas.

les y locales; la innovación y el aprendizaje mutuo<sup>12</sup>. Ese mismo año, ya se había expuesto la necesidad de consolidación de las reformas alcanzadas (en su mayor parte, medidas de coordinación y reestructuración interna) y la existencia de dificultades para alcanzar los objetivos del programa de reforma<sup>13</sup>. Sin embargo, el avance de este proceso de reforma se ha revelado como insuficiente para abordar los conflictos actuales y anticipa una cierta reducción o reorientación de las Naciones Unidas hacia objetivos y mandatos menos ambiciosos. Por ello, en febrero de 2024, el Secretario General se mostró partidario de reformar incluso el Consejo de Seguridad, en el entendimiento de que la multipolaridad requiere de unas instituciones multilaterales sólidas para evitar la decadencia del Derecho internacional y de que es necesario establecer mecanismos que refuercen su cumplimiento, especialmente el de las Convenciones de Ginebra<sup>14</sup>.

### III. EL CONSEJO DE SEGURIDAD: DE LAS RESOLUCIONES DE LOS AÑOS 90 AL SILENCIO ACTUAL

#### 1. El Consejo de Seguridad durante la primera guerra de Nagorno Karabaj

Cabe mencionar que, durante la primera guerra de Nagorno Karabaj, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó cuatro resoluciones que no fueron implementadas por las partes en conflicto<sup>15</sup>. Así, la primera resolución 822 (1993), adoptada en abril de 1993 a peti-

12 *Vid.* Asamblea General: A/75/202, “Examen de la aplicación de la reforma del pilar de paz y seguridad – Informe del Secretario General”, 20 de julio de 2020, párr. 9.

13 *Vid.* Asamblea General: A/75/202, “Examen de la aplicación de la reforma del pilar de paz y seguridad – Informe del Secretario General”, 20 de julio de 2020.

14 *Vid.* Naciones Unidas: SG/SM/22137, “‘Bedrock of Peace’ Under Attack, Secretary-General Warns Human Rights Council”, 26 de febrero de 2024, disponible en <https://press.un.org/en/2024/sgsm22137.doc.htm>, donde el Secretario General añadió que “From Ukraine to Sudan to Myanmar, the Democratic Republic of the Congo and Gaza, parties to conflict are turning a blind eye to international law, the Geneva Conventions and even the United Nations Charter. The Security Council is often deadlocked, unable to act on the most significant peace and security issues of our time. The Council’s lack of unity on Russia’s invasion of Ukraine, and on Israel’s military operations in Gaza following the horrific terror attacks by Hamas on 7 October, has severely – perhaps fatally – undermined its authority. The Council needs serious reform to its composition and working methods [...]. I invoked Article 99 for the first time in my mandate to put the greatest possible pressure on the Council to do everything in its power to end the bloodshed in Gaza and prevent escalation. But it was not enough [...]. The Geneva Conventions, which require the protection of civilians and the humane treatment of people in enemy hands, were not the result of an outbreak of global goodwill. These treaties were agreed because they protect everyone. Around the world, warring parties claim exemptions, asserting that certain people or situations are uniquely dangerous. But flouting international law only feeds insecurity and results in more bloodshed. Human rights conventions and humanitarian law are based on cold, hard reality: They recognize that terrorizing civilians and depriving them of food, water, and health care is a recipe for endless anger, alienation, extremism and conflict. Today’s warmongers cannot erase the clear lesson of the past. Protecting human rights protects us all”. Sobre la reforma del Consejo de Seguridad, *vid.* también DE LECEA LARRAÑAGA, Á., y VILLALTA PUIG, G., “Reforming the United Nations Security Council”, *Gonzaga Journal of International Journal*, vol. 25, n.º 1, 2021, pp. 59 – 72.

15 *Vid.* Consejo de Seguridad: S/RES/822, “Resolución 822 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 30 de abril de 1993; S/RES/853, “Resolución 853 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 29 de julio de 1993; S/RES/874, “Re-

ción de Azerbaiyán<sup>16</sup>, exigía poner fin a las hostilidades entre las partes. Dicha exigencia fue repetida también en las posteriores resoluciones. Cabe mencionar que, desde la adopción de la última resolución 884 (1993) en noviembre de 1993<sup>17</sup>, el Consejo de Seguridad no ha adoptado ninguna otra resolución que contenga una evaluación del comportamiento de las partes en el conflicto armado en relación con la implementación de las resoluciones ya adoptadas, ni ha prescrito medidas destinadas a reprimir y/o resolver el conflicto en cuestión. Ciertamente, podemos observar que, en los años posteriores, Azerbaiyán, a nuestro entender distorsionando el sentido de dichas resoluciones del Consejo, trató de generar una imagen de Armenia como Estado agresor. Es más, Azerbaiyán llegó a justificar que desató la segunda guerra de Nagorno Karabaj en 2020 por la necesidad de cumplir dichas resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>18</sup>. Para entender mejor las circunstancias y el sentido de las cuatro resoluciones adoptadas en 1993, merece la pena conocer los testimonios de Vladimir KAZIMIROV, que fue el copresidente de Grupo de Minsk por parte de Rusia y el representante especial del presidente ruso para el conflicto de Nagorno Karabaj entre los años 1992 – 1996. Así, según KAZIMIROV, tras la adopción de la primera resolución 822 (1993), el propio Bakú ignoró la principal exigencia de la misma, que era el cese de las hostilidades. Según el diplomático, cuando se adoptó dicha resolución, Armenia y Nagorno Karabaj confirmaron la disposición de cumplir con esta exigencia, mientras que Bakú nunca se pronunció al respecto. Es más, la actitud negativa de Azerbaiyán hacia la exigencia principal de las resoluciones del Consejo de Seguridad siguió manifestándose incluso tras la aprobación de la última resolución 884 (1993). Así, las tropas azeríes trataban de continuar con sus ataques contra las fuerzas de defensa armenias de Karabaj, aceptando el alto de fuego sólo en 1994 y una vez agotadas sus posibilidades de poder seguir en la fase activa de la guerra<sup>19</sup>.

## **2. La inactividad del Consejo de Seguridad durante la segunda guerra de Nagorno Karabaj**

Si bien durante la primera guerra de Nagorno Karabaj el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó cuatro resoluciones sobre el conflicto en el mismo año<sup>20</sup>, este órgano

---

solución 874 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 14 de octubre de 1993, y S/RES/884, “Resolución 884 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 12 de noviembre de 1993.

16 *Vid.* Consejo de Seguridad: S/RES/822, “Resolución 822 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 30 de abril de 1993.

17 *Vid.* Consejo de Seguridad: S/RES/884, “Resolución 884 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 12 de noviembre de 1993.

18 *Vid.* Discurso del Presidente de Azerbaiyán de 26 de octubre de 2020, disponible en <https://president.az/en/articles/view/44435>.

19 *Vid.* КАЗИМИРОВ, В., “Азербайджан и Совбез ООН: повторение пройденного в карабахском конфликте”, 4 октября 2020. [KAZIMIROV, V., “Azerbaiyán y el Consejo de Seguridad de la ONU: repitiendo lo ocurrido en el conflicto de Karabaj”, 4 de octubre de 2020], disponible en <https://regnum.ru/article/3080992>.

20 Las anteriormente citadas: Consejo de Seguridad: S/RES/822, “Resolución 822 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 30 de abril de 1993; S/RES/853, “Resolución 853 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 29 de julio de 1993; S/RES/874, “Resolución 874 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 14 de octubre de 1993, y S/RES/884, “Resolución 884 (1993): Armenia-Azerbaiyán”, 12 de noviembre de 1993.

no ha tenido un impacto significativo en la situación creada tras la declaración trilateral de 9 de noviembre de 2020, ni siquiera tras la invasión de diversos territorios de la República de Armenia por Azerbaiyán o cuando se impidió el acceso de la Cruz Roja a Nagorno Karabaj. Aunque en julio de 1997 tuvo lugar una reunión con arreglo a la fórmula Arria, hasta 2020, el Consejo de Seguridad sólo había considerado el conflicto a través de las sesiones informativas de la OSCE y el Centro Regional de las Naciones Unidas para la Diplomacia Preventiva en Asia Central. A pesar de las solicitudes del lado armenio<sup>21</sup>, no se han adoptado resoluciones ni notas o declaraciones de la Presidencia, a diferencia de lo ocurrido en los años noventa, sin perjuicio de la publicación en la lista de notas de la Presidencia de la carta de Azerbaiyán por la que se notificaba la declaración trilateral<sup>22</sup>, aunque la utilización de dicho formato ha decaído en los últimos años con carácter general por la dificultad de lograr consenso. Igualmente, desde 2020, sólo ha habido una comunicación formal entre el Secretario General y la Presidencia del Consejo de Seguridad, limitada a transmitir el auto de la Corte Internacional de Justicia de 17 de noviembre de 2023, de conformidad con el art. 41.2 del Estatuto de la misma<sup>23</sup>. Tampoco se recogió ninguna mención a casos concretos en la resolución más reciente

- 
- 21 *Vid.* Consejo de Seguridad: S/2022/688, “Carta de fecha 13 de septiembre de 2022 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Armenia ante las Naciones Unidas”, 15 de septiembre de 2022, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/768/33/PDF/N2276833.pdf?OpenElement>. Dicha misiva recoge una carta del Presidente de la República de Artsaj en la que se consideraba decisivo “[h]acer que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas [...] se implique en la situación de Artsaj y adopte una resolución en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas [...]” que incluyese, entre otros términos, garantías para el cumplimiento de la providencia de la Corte Internacional de Justicia de 7 de diciembre de 2021 por Azerbaiyán; el despliegue de una misión política de las Naciones Unidas en Artsaj para supervisar las violaciones de los derechos humanos, coordinar la ayuda humanitaria y proporcionar información periódica al Consejo de Seguridad, y una mayor implicación del Secretario General de las Naciones Unidas para concienciar a la comunidad internacional sobre la situación en la región y designar un representante para el seguimiento de la misma. También la República de Armenia ha solicitado sin éxito un pronunciamiento del Consejo de Seguridad, como se aprecia en Consejo de Seguridad: S/PV.9397, “9397ª sesión”, 16 de agosto de 2023, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N23/242/09/PDF/N2324209.pdf?OpenElement>. Igualmente, en Consejo de Seguridad: S/PV.9422, “9422ª sesión”, 21 de septiembre de 2023, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N23/274/53/PDF/N2327453.pdf?OpenElement>, durante la intervención de la República de Armenia, se instó al Consejo de Seguridad a que demostrase “su credibilidad y reputación” mediante la condena de los ataques azeríes y la adopción de determinadas medidas, incluyendo el despliegue de una misión interinstitucional de las Naciones Unidas en Nagorno Karabaj. Por su parte, Azerbaiyán adujo que se trataba de “un abuso temerario” y “un ataque grave a la autoridad y la reputación” del Consejo de Seguridad que debía ser rechazado “con decisión”, y expresó su decepción con la reacción de la comunidad internacional, que “no se tradujo en medidas prácticas ni se reflejó en los mensajes públicos de [sus] interlocutores”, y, según Azerbaiyán, respondía “a los caprichos de ciertas fuerzas externas que siguen manipulando las diferencias existentes para satisfacer sus propios fines políticos”.
- 22 *Vid.* Consejo de Seguridad: S/2020/1104, “Carta de fecha 10 de noviembre de 2020 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas”, 11 de noviembre de 2020, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/307/37/PDF/N2030737.pdf?OpenElement>.
- 23 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco, 24 de octubre de 1945, XV UNCIO 355. *Cfr.* Consejo de Seguridad: S/2023/927, “Carta de fecha 28 de noviembre de 2023 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Secretario General”, 29 de noviembre de 2023, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/375/46/PDF/N2337546.pdf?OpenElement>.

del Consejo de Seguridad sobre el discurso de odio, que se reconoció como un detonante de conflictos y escaladas de violencia<sup>24</sup>.

No obstante, en virtud de lo previsto en el art. 35.1 de la Carta de las Naciones Unidas, se han celebrado consultas privadas, sesiones y sesiones informativas del Consejo de Seguridad sobre el conflicto entre Armenia y Azerbaiyán el 29 de septiembre, el 19 de octubre y el 11 de noviembre de 2020<sup>25</sup>; el 14-15 de septiembre y el 20 de diciembre de 2022<sup>26</sup>, y el 16 de agosto y 21 de septiembre de 2023<sup>27</sup>. Además de recibir información sobre la situación sobre el terreno, los miembros del Consejo de Seguridad insistieron sobre la obligación de ambas partes de cumplir la declaración trilateral y el Derecho internacional humanitario, reanudar las negociaciones diplomáticas y renunciar al uso de la fuerza, destacando la importancia de unificar la posición del Consejo de Seguridad. Por otro lado, se pidió la liberación de los prisioneros de guerra. En estos encuentros, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37 del Reglamento Provisional del Consejo de Seguridad, participaron Armenia y Azerbaiyán y, en varias sesiones de 2022 y 2023, también Turquía (por supuesto, en apoyo de Azerbaiyán). Varios miembros del Consejo de Seguridad, además, declararon su apoyo a los buenos oficios del Secretario General y a los esfuerzos de mediación realizados por Rusia, los demás copresidentes del Grupo de

---

24 *Vid.* Consejo de Seguridad: S/RES/2686 (2023), “Resolución 2686 (2023)”, 14 de junio de 2023, disponible en <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2686>.

25 *Vid.* Consejo de Seguridad: S/2020/1333, “Evaluación de la labor del Consejo de Seguridad durante la Presidencia del Níger (septiembre de 2020)”, 3 de diciembre de 2020, disponible <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/102/05/PDF/N2110205.pdf?OpenElement>.

26 *Vid.* Consejo de Seguridad: S/2022/690, “Carta de fecha 13 de septiembre de 2022 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Azerbaiyán ante las Naciones Unidas”, 13 de septiembre de 2022; S/2022/688, “Carta de fecha 13 de septiembre de 2022 dirigida a la Presidencia del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Armenia ante las Naciones Unidas”, 15 de septiembre de 2022, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/768/33/PDF/N2276833.pdf?OpenElement>; S/PV.9132, “9132ª sesión”, 15 de septiembre de 2022, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N22/592/03/PDF/N2259203.pdf?OpenElement>; S/2022/979, “Carta de fecha 19 de diciembre de 2022 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Azerbaiyán ante las Naciones Unidas”, 19 de diciembre de 2022, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/761/28/PDF/N2276128.pdf?OpenElement>; S/2022/988, “Carta de fecha 20 de diciembre de 2022 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Armenia ante las Naciones Unidas”, 22 de diciembre de 2022, y S/PV.9228, “9228ª sesión”, 20 de diciembre de 2022. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N22/763/02/PDF/N2276302.pdf?OpenElement>. *Vid.*, asimismo, Asamblea General: A/77/2, “Informe del Consejo de Seguridad correspondiente a 2022”, 30 de mayo de 2023, párrs. 69 y 70, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/597/87/PDF/N2259787.pdf?OpenElement>. En los mismos términos que el Consejo de Seguridad, se debe tener en consideración a este respecto la declaración del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia de 13 de septiembre de 2022, disponible en [https://mid.ru/ru/foreign\\_policy/news/1829629/](https://mid.ru/ru/foreign_policy/news/1829629/).

27 *Vid.* Consejo de Seguridad: S/PV.9397, “9397ª sesión”, 16 de agosto de 2023, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N23/242/09/PDF/N2324209.pdf?OpenElement>, y S/PV.9422, “9422ª sesión”, 21 de septiembre de 2023, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N23/274/53/PDF/N2327453.pdf?OpenElement>. También el 31 de octubre de 2023 se recordó la situación de los refugiados armenios de Nagorno Karabaj, *vid.* Consejo de Seguridad: S/PV.9465, “9465ª sesión”, 31 de octubre de 2023, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/PRO/N23/327/45/PDF/N2332745.pdf?OpenElement>.

Minsk y la Unión Europea. Aunque en varias ocasiones se preparó un borrador de declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad a propuesta de Francia, Rusia y Estados Unidos, nunca se llegó a adoptar por falta de acuerdo sobre la terminología que se debía emplear y otras diferencias<sup>28</sup>. Se trata de otra manifestación de las vacilaciones actuales entre el orden y el desorden internacional mencionadas por José Manuel PUREZA y Joaquín ALCAIDE<sup>29</sup>.

#### IV. LA ASAMBLEA GENERAL: EL RIESGO DE ABUSO DE LOS PROCEDIMIENTOS POR PARTE DE ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS

##### 1. Posibles causas adicionales de la ausencia de pronunciamientos de la Asamblea General sobre el conflicto entre Armenia y Azerbaiyán

La ausencia de resoluciones del Consejo de Seguridad no se ha debido a un bloqueo derivado del uso del derecho de veto, sino a una decisión deliberada de no someter los borradores a los procedimientos de decisión de este órgano. En el caso de la Asamblea General, tampoco se han adoptado resoluciones específicas ni se ha convocado ningún período de sesiones de emergencia, ni siquiera en situaciones *mutatis mutandis* análogas a las que motivaron otras resoluciones de la Asamblea General coincidentes en el tiempo, como en el caso del incumplimiento de las resoluciones de la CIJ y de otras obligaciones de derecho internacional por parte de Rusia en 2022, que provocó que la Asamblea General instara a Rusia a cumplir “todas sus obligaciones con arreglo al derecho internacional aplicable” y, particularmente, “lo dispuesto en las providencias de la Corte Internacional de Justicia de 19 de abril de 2017 y 16 de marzo de 2022”, así como a tratar a los prisioneros de guerra ucranianos de conformidad con el Derecho internacional<sup>30</sup>. La insatisfacción con las resoluciones precedentes, que reflejaban exclusivamente la posición de Azerbaiyán y fueron rechazadas tanto por los Estados copresi-

28 *Vid.* “UN Security Council opts not to issue statement on Karabakh blockade”, *Eurasianet*, 4 de enero de 2023, disponible en <https://eurasianet.org/un-security-council-opts-not-to-issue-statement-on-karabakh-blockade>.

29 *Vid.* PUREZA, J. M., y ALCAIDE-FERNÁNDEZ, J., “La guerra en Ucrania: ¿qué (des)orden antecede a qué nuevo (des)orden?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 44, diciembre 2022, DOI: 10.17103/reei.40.10, pp. 2 y 3.

30 *Vid.* Asamblea General: A/RES/78/221, “Situación de los derechos humanos en los territorios de Ucrania ocupados temporalmente, incluidas la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol”, 19 de diciembre de 2023, disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/421/59/pdf/n2342159.pdf?token=CepW525pT4j8TOQLku&fe=true>, ap. 7.a), b) y j). Sin embargo, la guerra de Ucrania ha tenido ciertas consecuencias en la situación del Cáucaso meridional, especialmente en el ámbito de la política europea, como se analiza en MILOSEVICH-JUARISTI, M., “La guerra en Ucrania y los conflictos recientes en el espacio post soviético”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, n.º 61, 2022, pp. 1 – 7; SÁNCHEZ TAPIA, F., “El Cáucaso en la estrategia europea de desacoplamiento energético”, en Ministerio de Defensa, *Energía y Geoestrategia 2023*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2023, pp. 189 – 272; GARCÍA CANCELA, E., “La agresión rusa a Ucrania y sus consecuencias en el Cáucaso Sur: ¿avance de la Unión Europea y repliegue de Rusia?”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y MELLA LÓPEZ, Á. (Coords.), *La respuesta de la Unión Europea a la agresión rusa a Ucrania: el despertar de la política exterior y de defensa y de la reforma de los Tratados*, 2024, pp. 71 – 81, y RODRÍGUEZ PRIETO, V., “El impacto de la guerra ucraniana en la política de ampliación y la PEV”, *Revista UNISCI*, n.º 64, 2024, pp. 55 – 71.

dentes del Grupo de Minsk como por todos los Estados miembros de la Unión Europea por su unilateralidad, su parcialidad y su incompatibilidad con las negociaciones de paz en el seno del Grupo de Minsk<sup>31</sup>, ha podido tener relevancia en su silencio y en la cautela de los Estados implicados para presentar propuestas ante este órgano.

Cabe destacar que la cuestión de Nagorno Karabaj se incluyó por el procedimiento de urgencia en el programa de la Asamblea General en el 59.º período de sesiones (2004/2005) como tema 163, con la rúbrica “La situación en los territorios ocupados de Azerbaiyán”, a petición del propio Azerbaiyán, con el apoyo de otros Estados de la Organización de la Conferencia Islámica y pese a las reticencias (no formalizadas como objeciones) de los miembros de la Mesa de la Asamblea General, con solo 42 votos a favor, 99 abstenciones y el único voto en contra de Armenia<sup>32</sup>. Durante el debate, el representante los Países Bajos, como representante de la Unión Europea, consideró que el proceso de paz llevado a cabo en el seno del Grupo de Minsk debía transcurrir “sin interferencia”, que no era “ni el momento ni el lugar adecuado” para hacer tales reivindicaciones y que la iniciativa de incluir tal cuestión en el programa “podría hacer peligrar las negociaciones en curso” y no debería haber sido propuesta a la Asamblea General (a pesar de que la Unión Europea también se abstuvo en la votación). En la misma línea se manifestó Francia, en nombre del Grupo de Minsk, insistiendo en que la iniciativa “perjudicaría los esfuerzos por hallar una solución justa y duradera al problema, sobre todo en este momento. Segundo, no permitiría obtener el consenso, lo cual podría resultar contraproducente. Aconsejamos que se evite crear una situación de ese tipo<sup>33</sup>”.

En cualquier caso, con este precedente, a iniciativa de Azerbaiyán y con el apoyo fundamentalmente de los Estados miembros de la Organización para la Cooperación Islámica (además de otros, como Moldavia y Georgia), la Asamblea General adoptó dos resoluciones sobre Nagorno Karabaj: la Resolución 60/285, “La situación en los territorios ocupados de Azerbaiyán”, de 7 de septiembre de 2006, y la Resolución 62/243, “La situación en los territorios ocupados de Azerbaiyán”, 14 de marzo de 2008, esta última aprobada por sólo 39 votos a favor y a pesar del voto en contra de Rusia, Francia y Estados Unidos y otros 4 Estados y de la abstención de

---

31 Así se explicó, además de en el Comunicado de prensa del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia de 15 de marzo de 2008, disponible en [https://www.mid.ru/es/foreign\\_policy/news/1669781/](https://www.mid.ru/es/foreign_policy/news/1669781/), en Asamblea General: A/63/804, “La situación en los territorios ocupados de Azerbaiyán. Informe del Secretario General”, 30 de marzo de 2009, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/291/58/PDF/N0929158.pdf?OpenElement>.

32 *Vid.* Asamblea General: A/59/236, “Solicitud de inclusión de un tema adicional en el programa del quincuagésimo noveno período de sesiones – Situación en los territorios ocupados de Azerbaiyán”, 14 de octubre de 2004, disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n04/555/93/pdf/n0455593.pdf?token=Dqm3SfAUd5m5Is8apv&fe=true>, y A/59/PV.46, “46ª sesión plenaria”, 29 de octubre de 2004, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/580/12/PDF/N0458012.pdf?OpenElement>. En la Mesa, la recomendación a la Asamblea General se adoptó por 9 votos a favor, 0 en contra y 14 abstenciones. *Vid.* Asamblea General: A/59/250/Add.3, “Organización del quincuagésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General, aprobación del programa y asignación de temas – Cuarto informe de la Mesa”, 27 de octubre de 2004.

33 *Ibid.*

100 Estados, entre ellos los demás países occidentales<sup>34</sup>. Los Estados copresidentes del Grupo de Minsk justificaron su posición por la “unilateralidad, inoportunidad e ineficiencia” de la propuesta de Azerbaiyán, ya que incluía “solamente algunos de los principios básicos del arreglo que corresponden únicamente a los intereses de Azerbaiyán [*sic*] sin mencionar, por ejemplo, la determinación definitiva del estatus legal de Nagorni Karabaj celebrando el plebiscito entre su población para la declaración libre y verdadera de su voluntad”, y había perjudicado las negociaciones dentro del Grupo de Minsk<sup>35</sup>, además de coincidir con los enfrentamientos de Mardakert. Por otro lado, de acuerdo con la resolución 62/243 de la Asamblea General, se emitió un informe del Secretario General sobre la situación<sup>36</sup>.

En el ámbito procedimental, no se han corregido las condiciones que permitieron que se adoptase una resolución contraria a las resoluciones del Consejo de Seguridad y al mandato del Grupo de Minsk. El art. 12.1 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe que la Asamblea General haga recomendación alguna sobre una controversia o situación de la que esté conociendo el Consejo de Seguridad, a menos que éste lo solicite, y el párrafo 2 de dicho artículo y el art. 49 del reglamento de la Asamblea General exigen que esta sea informada de las cuestiones de que conozca el Consejo de Seguridad<sup>37</sup>. Los arts. 14 y 35.3 de la Carta también prevén que se respete el límite del art. 12 en las actuaciones de la Asamblea General. Teniendo en cuenta lo anterior y el hecho de que la vigencia de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la cuestión de Nagorno Karabaj se ha defendido durante décadas, en el marco de los arts. 33 y 34 de la Carta de las Naciones Unidas, es dudoso que la actuación de la Asamblea General promovida por Azerbaiyán se pueda considerar como conforme con las limitaciones impues-

34 Esta resolución coincidió en el tiempo con la resolución 10/11-P(IS) de la Organización para la Cooperación Islámica sobre la agresión de la República de Armenia contra la República de Azerbaiyán, de 14 de marzo de 2008, disponible en <https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=35&refID=9>, que tiene una redacción muy similar en algunos puntos y anuncia la actuación coordinada de los Estados miembros de esta organización en las Naciones Unidas (aunque inicialmente se pretendía un pronunciamiento del Consejo de Seguridad), que posteriormente se celebró en el párr. 86 del Comunicado Final de la Sesión Anual de Coordinación de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la OIC, celebrada el 26 de septiembre de 2008, OIC/ACM-08/FC/FINAL, disponible en <https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=4120&refID=1176>.

35 *Vid.* Comunicado de prensa del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia de 15 de marzo de 2008, disponible en [https://www.mid.ru/es/foreign\\_policy/news/1669781/](https://www.mid.ru/es/foreign_policy/news/1669781/).

36 *Vid.* Asamblea General: A/63/804, “La situación en los territorios ocupados de Azerbaiyán – Informe del Secretario General”, 30 de marzo de 2009, disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n09/291/58/pdf/n0929158.pdf?token=QuXanLg4rwgkAPS25r&fe=true>. En este documento, Estados Unidos, en calidad de representante del Grupo de Minsk, declaró, entre otras cuestiones, que la resolución promovida por Azerbaiyán formaba parte de los intentos de revisión de los principios de Madrid propuestos dentro del Grupo de Minsk y que la misma “selectively propagated only certain of these principles, to the exclusion of others, without considering the Co-Chairs proposal in its balanced entirety. Because of this selective approach, the three Co-Chair countries opposed this unilateral draft resolution and voted against it”. En la respuesta de la OSCE, se reiteró este hecho y se añadió que, en relación con esta actuación, los copresidentes del Grupo de Minsk “urged both sides to refrain from unilateral and maximalist actions on the ground, at the negotiating table, as well as in their public rhetoric”.

37 *Vid.* Asamblea General: A/520/Rev.20, “Rules of Procedure of the General Assembly”, 15 de septiembre de 2022, disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/592/76/pdf/n2259276.pdf?token=ppW4czaUrtlhohSIHi&fe=true>.



tas a este órgano por la Carta y que pueda justificarse en un contexto en el que no existe una parálisis del Consejo de Seguridad por el ejercicio del derecho de veto<sup>38</sup>, ya que existe el riesgo de crear un proceso de negociación paralelo al jurídicamente establecido por el Consejo de Seguridad.

Sin embargo, la resolución no presenta vicios formales, ya que el art. 13.e) de dicho reglamento, en consonancia con las funciones de recomendación de la Asamblea General previstas en el art. 11 de la Carta de las Naciones Unidas, permite que cualquier miembro de las Naciones Unidas proponga temas para el programa de un período de sesiones<sup>39</sup>, con los requisitos del art. 23 (que exige un debate sobre la inclusión de puntos en el programa), del apartado 18 del Anexo IV (relativo a la posibilidad de que el Comité Especial sugiera deferir la propuesta a una de las Comisiones Principales del art. 98 del reglamento o al pleno de la Asamblea General) y del apartado 2 del Anexo VI (sobre la posibilidad de derivar algunos puntos a otros órganos u organismos especializados)<sup>40</sup>. Una vez incluido un punto en el programa de la Asamblea General, de conformidad con los apartados 19 y 22 del Anexo IV del reglamento de la Asamblea General, el Comité Especial está facultado para recomendar la eliminación de aquellos que hayan perdido su urgencia o pertinencia, o bien su remisión a otros órganos u organismos especializados, en función de su naturaleza. No obstante, la eliminación o reforma de los puntos del programa se realiza por mayoría de miembros presentes y votantes de la Asamblea General, en virtud de lo dispuesto en el art. 22 del reglamento de la misma<sup>41</sup>. Ni en el art. 78 ni en el art. 120 del reglamento se requiere la conformidad de las propuestas y enmiendas con las resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>42</sup>, y los apartados 95 y 96 del Anexo IV establecen que las delegaciones son quienes deciden el contenido de las propuestas, con la única limi-

---

38 A diferencia de lo que ocurrió, por ejemplo, con el veto de la resolución por la que se condenaba la anexión de territorios ucranianos por Rusia en 2022, que propició la resolución de la Asamblea General: ES-11/4, “Integridad territorial de Ucrania: defensa de los principios de la Carta de las Naciones Unidas”, 7 de abril de 2022.

39 En el mismo sentido, el art. 35.1 de la Carta de las Naciones Unidas establece: “Todo Miembro de las Naciones Unidas podrá llevar cualquiera controversia, o cualquiera situación de la naturaleza expresada en el Artículo 34, a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General”.

40 *Vid.* también los arts. 14, 15, 18 y 19 del reglamento de la Asamblea General, sobre la propuesta de puntos por los miembros de las Naciones Unidas en determinadas condiciones.

41 El art. 22 del reglamento de la Asamblea General dispone que “[i]tems on the agenda may be amended or deleted by the General Assembly by a majority of the members present and voting”.

42 El art. 78 del reglamento de la Asamblea General establece lo siguiente: “Proposals and amendments shall normally be submitted in writing to the Secretary-General, who shall circulate copies to the delegations. As a general rule, no proposal shall be discussed or put to the vote at any meeting of the General Assembly unless copies of it have been circulated to all delegations not later than the day preceding the meeting. The President may, however, permit the discussion and consideration of amendments, or of motions as to procedure, even though such amendments and motions have not been circulated or have only been circulated the same day”. Por su parte, el art. 120 del mismo cuerpo jurídico, prácticamente idéntico, establece: “Proposals and amendments shall normally be submitted in writing to the Secretary-General, who shall circulate copies to the delegations. As a general rule, no proposal shall be discussed or put to the vote at any meeting of the committee unless copies of it have been circulated to all delegations not later than the day preceding the meeting. The Chairman may, however, permit the discussion and consideration of amendments, or of motions as to procedure, even though such amendments and motions have not been circulated or have only been circulated the same day”.

tación del respeto a los límites de la competencia de la Comisión, es decir, debe existir una adecuación material entre el tema y la Comisión seleccionada. Por tanto, se puede concluir que no existen suficientes mecanismos procedimentales para prevenir el abuso de derecho y garantizar que los Estados miembros cumplan las decisiones del Consejo de Seguridad, como exige el art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>43</sup>.

## 2. La exclusión del conflicto de Nagorno Karabaj del programa de la Asamblea General

Aunque el conflicto de Nagorno Karabaj fue objeto de debates e intervenciones en diversos momentos en la Asamblea General<sup>44</sup>, fue Azerbaiyán el Estado miembro que solicitó, el 2 de septiembre de 2021, que no se incluyera la cuestión en el programa del 76.º período de sesiones de la Asamblea General (2021/2022)<sup>45</sup>, por considerar que, en la situación actual, ya no era necesario dirigir la atención internacional hacia Nagorno Karabaj, ya que había cesado la “ocupación armenia”, y, por tanto, “Armenia must reconcile with the fact that the conflict is resolved”<sup>46</sup>. Armenia consideró esta decisión como una oportunidad tardía de comprometerse

43 Cabe destacar que en la práctica sí que se restringe la circulación de documentos que sean “blatantly inflammatory or potentially libelous”, ya que, en esos casos, la nota de 21 de agosto de 2009 al art. 14 de la recopilación de práctica sobre el reglamento de la Asamblea General, disponible en [https://legal.un.org/ola/media/GA\\_RoP/GA\\_RoP\\_EN.pdf?\\_gl=1\\*1vszvt0\\*\\_ga\\*NDk4NTE5NjkxLjE3MTI1OTM4OTg.\\*\\_ga\\_TK9BQL5X7Z\\*MTcxMjYwMTYxMi4yLjAuMTcxMjYwMTYxMi4wLjAuMA](https://legal.un.org/ola/media/GA_RoP/GA_RoP_EN.pdf?_gl=1*1vszvt0*_ga*NDk4NTE5NjkxLjE3MTI1OTM4OTg.*_ga_TK9BQL5X7Z*MTcxMjYwMTYxMi4yLjAuMTcxMjYwMTYxMi4wLjAuMA), prevé que la Secretaría contacte con el Estado miembro emisor para que retire o revise el documento tanto en su forma como en su fondo.

44 *Vid.*, por ejemplo, Asamblea General: A/75/PV.13, “13ª sesión plenaria”, 26 de septiembre de 2020, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/249/38/PDF/N2024938.pdf?OpenElement>, y A/75/PV.15, “15ª sesión plenaria”, 29 de septiembre de 2020, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/250/29/PDF/N2025029.pdf?OpenElement>. En relación con lo sucedido durante la guerra, Armenia apoyó el proyecto de resolución contra la utilización de mercenarios, *vid.* Asamblea General: A/C3/75/L.24, “Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”, 28 de octubre de 2020, disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/3889519?ln=es>, y A/RES/75/171, “Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2020: Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”, 28 de diciembre de 2020, disponible en <https://digitallibrary.un.org/record/3896424?ln=es>.

45 *Vid.* Asamblea General / Consejo de Seguridad: A/75/1018-S/2021/791, “Carta de fecha 13 de septiembre de 2021 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Armenia ante las Naciones Unidas”, 13 de septiembre de 2021, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/251/14/PDF/N2125114.pdf?OpenElement>.

46 *Vid.* Asamblea General: A/75/1013, “Carta de fecha 2 de septiembre de 2021 dirigida a la Presidencia de la Asamblea General por el Representante Permanente de Azerbaiyán ante las Naciones Unidas”, 2 de septiembre de 2021, disponible en <https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/75/1013&Lang=E>. *Vid.* también Asamblea General / Consejo de Seguridad: A/76/359-S/2021/831, “Carta de fecha 27 de septiembre de 2021 dirigida a la Presidencia de la Asamblea General por el Representante Permanente de Azerbaiyán ante las Naciones Unidas”, 29 de septiembre de 2021, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/269/29/PDF/N2126929.pdf?OpenElement>. En términos similares se pronunció la representación de Azerbaiyán ante la UNESCO: “[...] la Déclaration tripartite du 10 novembre [...] a abouti à un cessez-le-feu et à la cessation de toutes les hostilités et a mis fin à l’occupation des territoires de l’Azerbaïdjan, qui s’est achevée le 1er décembre 2020. Les notions de conflit dans le

de buena fe a la resolución del conflicto, aunque advirtió de que la situación de paz y estabilidad descrita por Azerbaiyán no se correspondía con la realidad<sup>47</sup>. Sin embargo, incluso la retirada de este punto, en el que concordaban las voluntades de Armenia y Azerbaiyán, motivó un enfrentamiento epistolar entre los dos Estados publicado como documentos de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad<sup>48</sup>, lo cual refleja la animosidad existente entre las partes.

## V. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES, ORGANISMOS ESPECIALIZADOS Y OTRAS ENTIDADES

### 1. Los procedimientos especiales y su reciente cuestionamiento por los Estados afectados

En el ámbito de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos<sup>49</sup>, no se ha creado ningún mandato de país, pero distintos mandatos temáticos han dirigido su atención al conflicto entre Armenia y Azerbaiyán. Uno de los casos más relevantes es el del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, y los Relatores Especiales sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>50</sup>. En la comunicación, enviada durante la guerra, se ponía de manifiesto la existencia de información fiable sobre el uso de entre 1500 y 2000 mercenarios sirios, sobre todo vinculados al llamado Ejército Nacional Sirio o Ejército Libre Sirio apoyado por Turquía, a favor del ejército azerí, algo

---

Haut-Karabakh et de parties au conflit n'existent donc plus et appartiennent désormais à l'histoire". *Vid.* UNESCO: 210 EX/SR.1-9, "Summary records of the 210th session of the Executive Board, 2 December 2020 – 27 January 2021", 19 de abril de 2021, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376939?posInSet=6&queryId=c3ce97ca-fc47-4a10-a287-d88e400252bb>. En la Conferencia General de la UNESCO de 2023, se indicó claramente que "Today, for Azerbaijan, the conflict is over and my country is focused on the future revival of the liberated territories", UNESCO: 41 C/PROCEEDINGS, "Proceedings of the 41st session of the General Conference," vol. 2, 2023, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385357?posInSet=8&queryId=c3ce97ca-fc47-4a10-a287-d88e400252bb>.

47 *Vid.* Asamblea General / Consejo de Seguridad: A/75/1018-S/2021/791, "Carta de fecha 13 de septiembre de 2021 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de Armenia ante las Naciones Unidas", 13 de septiembre de 2021, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/251/14/PDF/N2125114.pdf?OpenElement>.

48 *Vid.* los documentos reseñados en las dos notas anteriores.

49 Para un estudio del Consejo de Derechos Humanos como contexto de los procedimientos especiales, *vid.* OCHOA RUIZ, N., y SALAMANCA AGUADO, E., "El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Un Análisis Preliminar", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 12, 2006, pp. 1 – 27.

50 *Vid.* Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, y los Relatores Especiales sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: AL AZE 2/2020, "Comunicación al Gobierno de Azerbaiyán", 6 de noviembre de 2020, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gld=25681>. La Alta Comisionada para los Derechos Humanos ya había expresado su preocupación por esta información a principios de noviembre de 2020. *Vid.* ACNUDH: Comunicado de prensa, "Nagorno-Karabakh conflict: Bachelet warns of possible war crimes as attacks continue in populated areas", 2 de noviembre de 2020, disponible en <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26464&LangID=E>.

prohibido por el art. 5 de la Convención contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, hecha en Nueva York el 4 de diciembre de 1989<sup>51</sup>, de la que Azerbaiyán es parte, y se solicitaba que se adoptasen medidas al respecto<sup>52</sup>. La respuesta inicial de Azerbaiyán fue acusar a los relatores de extralimitarse en sus competencias, de no ejercerlas de acuerdo con el procedimiento establecido y de dejarse influenciar por fuerzas externas, aportando consideraciones sobre cómo deberían ejercer sus funciones y solicitando que se rectificasen determinadas partes de la comunicación<sup>53</sup>. Posteriormente, se limitó a negar los hechos y a acusar a los relatores de falsedad y parcialidad en sus manifestaciones, reiterando sus ideas sobre cómo éstos deberían ejercer su mandato, y a Armenia, de usar mercenarios y de organizar campañas de desinformación<sup>54</sup>.

Además, la Relatora Especial sobre los derechos culturales ha remitido dos comunicaciones a Azerbaiyán para solicitar información y explicaciones sobre la presunta destrucción o dete-

51 2163 UNTS, 75.

52 Una comunicación similar se envió a Turquía por haber participado presuntamente en el reclutamiento y traslado de los mercenarios, en colaboración con empresas militares y de seguridad privadas, aunque con la cláusula habitual de “While we do not wish to prejudge the accuracy of these allegations, we are gravely concerned [...]”, que, en el caso de Azerbaiyán, se sustituyó por considerar que la información era suficientemente fiable. No obstante, se relacionó el caso con el reclutamiento, el despliegue y la financiación de mercenarios sirios en Libia, apuntando que la respuesta había sido insatisfactoria: “We take note of the reply of 17 September 2020 by the Government of Turkey to this communication and regret that the Government did not substantially address the allegations raised”. *Vid.* Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, y los Relatores Especiales sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: AL TUR 21/2020, “Comunicación al Gobierno de Turquía”, 6 de noviembre de 2020, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25683>. Turquía rechazó tales alegaciones como “infundadas y desafortunadas” y, al igual que Azerbaiyán, acusó a Armenia de propagar desinformación para victimizarse y de utilizar mercenarios del PKK, y recomendó a los relatores especiales investigar esas alegaciones y dejar de “socavar su propia credibilidad”. *Vid.* Misión Permanente de la República de Turquía ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra: Z-2021/62441669/32247872, “Information Note in Reply to the Joint Communication from Special Procedures (AL TUR 21/2020)”, 21 de enero de 2020, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=35918>.

53 *Vid.* Respuesta preliminar de la Misión Permanente de la República de Azerbaiyán ante la Oficina de las Naciones Unidas y Otras Organizaciones Internacionales en Ginebra, 0644/12/20/18, 9 de noviembre de 2020, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=35718>.

54 *Vid.* Respuesta preliminar de la Misión Permanente de la República de Azerbaiyán ante las Naciones Unidas y Otras Organizaciones Internacionales en Ginebra, 0477/22/20/18, 13 de noviembre de 2020, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=35727>. Sin embargo, la visita a Armenia del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación que tuvo lugar del 20 al 27 de febrero de 2023 no estuvo relacionada con las alegaciones de Azerbaiyán y Turquía, sino que se realizó a invitación del gobierno armenio por su adhesión a la Convención contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios, que se produjo el 23 de noviembre de 2020. *Vid.* Asamblea General: A/HRC/54/29/Add.2, “Visita a Armenia: Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”, 14 de julio de 2023, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G23/133/52/PDF/G2313352.pdf?OpenElement>.

rioro del patrimonio cultural armenio en Nagorno Karabaj, con el fin de erradicar o albanizar el rastro de los armenios de la región, sin investigar ni perseguir tales hechos, vulnerando así los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario<sup>55</sup>. Ambas solicitudes han recibido respuesta de Azerbaiyán, que ha tratado de justificar, negar o corregir las alegaciones de la Relatora Especial, acusándola de ser parcial, de tergiversar y discriminar a los azeríes y de desconocer la región y el conflicto, y llegando a atribuir gran parte de los daños a la población armenia y a los militares rusos desplegados en Nagorno Karabaj. A pesar de que la Relatora Especial manifestaba su interés de visitar Nagorno Karabaj, Azerbaiyán no ha accedido a esta propuesta.

Paralelamente, la Relatora Especial sobre los derechos culturales envió una comunicación a Armenia sobre la destrucción o remoción del patrimonio cultural y distintos edificios de uso cultural de Nagorno Karabaj durante la guerra<sup>56</sup>, en términos similares a los indicados anteriormente. Armenia denunció las actuaciones de Azerbaiyán en Nagorno Karabaj, incluyendo la amnistía a todos los participantes en la segunda guerra de Nagorno Karabaj concedida en 2021; proporcionó información concreta y pruebas de los bienes albanizados, dañados, destruidos o en riesgo de serlo, y defendió la preservación del patrimonio cultural musulmán en la región<sup>57</sup>. Además, los Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, sobre derechos culturales y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes dirigieron una comunicación a Armenia en relación con posibles asesinatos y degradaciones de soldados azeríes, la ilicitud de diversos ataques a ciudades azeríes y el deterioro y destrucción del patrimonio cultural azerí<sup>58</sup>. En este caso, Armenia insistió en la defensa de la actuación de las autoridades de Nagorno Karabaj; acusó a Azerbaiyán de colocar objetivos militares entre los asentamientos civiles, como en otros conflictos armados, y referenció varias investigaciones criminales por la violación del Derecho Internacional Humanitario en Nagorno Karabaj<sup>59</sup>. Asimismo, reiteró la cuestión de los prisioneros de guerra

---

55 *Vid.* Relatora Especial sobre los derechos culturales: AZE 3/2021, “Comunicación al Gobierno de Azerbaiyán”, de 29 de octubre de 2021, y AZE 2/2023, “Comunicación al Gobierno de Azerbaiyán”, de 22 de septiembre de 2023, disponibles en <https://spcommreports.ohchr.org/TmSearch/SearchCode?code=AZE%203/2021;%20AZE%201/2023;AZE%202/2023>. En concreto, proponía la despolitización del patrimonio cultural y la creación de un mecanismo técnico independiente e imparcial para su protección y rehabilitación con miembros armenios y azeríes, siguiendo el modelo chipriota. Esta posibilidad fue expresamente rechazada por Azerbaiyán.

56 *Vid.* Relatora Especial sobre los derechos culturales: ARM 2/2021, “Comunicación al Gobierno de Armenia”, 29 de octubre de 2021, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=26787>.

57 Misión Permanente de la República de Armenia: 2203/1969/2021, “Information provided by the Government of the Republic of Armenia in response to the questions contained in letter AL ARM 2/2021, dated October 29, 2021, of the UN Special Rapporteur in the field of cultural rights”, 28 de diciembre de 2021, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=36710>.

58 *Vid.* Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, sobre derechos culturales y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: ARM 1/2021, “Comunicación al Gobierno de Armenia”, 2 de febrero de 2021, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25858>.

59 *Vid.* Misión Permanente de la República de Armenia: 2203/0602/2021, “Information provided by the Government of the Republic of Armenia in response to the questions contained in the joint letter AL ARM 1/2021, dated February 2, 2021 of the UN Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary

armenios en Azerbaiyán y declaró no tener datos actuales sobre el estado de conservación del patrimonio musulmán en Nagorno Karabaj<sup>60</sup>.

Por otro lado, los Relatores Especiales sobre el derecho a la alimentación, los derechos de las personas con discapacidad, el derecho a la educación, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad solicitaron conjuntamente información sobre las consecuencias del bloqueo del corredor de Lachín sobre el ejercicio de los derechos de la población armenia relativos a estas materias, insistiendo en que, con independencia de las causas del bloqueo, los puntos 3 y 6 de la declaración trilateral de 9 de noviembre de 2020 obligan a Azerbaiyán a dejar expedita la vía<sup>61</sup>. Azerbaiyán ha negado esta obligación, aduciendo que sus obligaciones se limitarían a garantizar la seguridad de la circulación por el corredor de Lachín y a permitir que permaneciese bajo el control de los militares rusos, y ha aprovechado la comunicación para corregir la información proporcionada por los Relatores Especiales según su posición, pero sin proporcionar la información adicional solicitada sobre el estado de la población, y a culpar a Armenia de la situación y de la divulgación de falsedades.

Asimismo, los responsables de distintos procedimientos especiales se han interesado de forma conjunta sobre los casos de tortura, ejecuciones, desapariciones forzadas y profanación de cadáveres llevados a cabo por Azerbaiyán: en 2020, los Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, junto con el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (en esta ocasión, también se envió una comunicación similar, aunque más breve, a Armenia, que también recibió respuesta<sup>62</sup>); en 2021, los Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; sobre los derechos culturales, y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>63</sup>, y, en 2022, los Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; sobre el derecho de toda persona al disfrute

---

executions, the Special Rapporteur in the field of cultural rights and the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment and punishment”, 2 de abril de 2021, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=36114>.

60 *Ibid.*

61 *Vid.* Relatores Especiales sobre el derecho a la alimentación, los derechos de las personas con discapacidad, el derecho a la educación, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad: AZE 1/2023, “Comunicación al Gobierno de Azerbaiyán” de 2 de febrero de 2023, *cit.*

62 *Vid.* Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias: UA ARM 1/2020, “Comunicación al Gobierno de Armenia”, 9 de diciembre de 2010, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25764>, y UA AZE 4/2020, “Comunicación al Gobierno de Azerbaiyán”, 11 de diciembre de 2020, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25763>.

63 *Vid.* Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; sobre los derechos culturales, y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: AL AZE 1/2021, “Comunicación al Gobierno de Azerbaiyán”, 2 de febrero de 2021, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25857>.

del más alto nivel posible de salud física y mental, y sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, así como el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas<sup>64</sup>. Aunque no se especifican las pruebas de las que se dispone en todos los casos, la sucesión y reiteración de comunicaciones ponen de manifiesto la gravedad de la situación.

Las respuestas de Azerbaiyán contienen parte de la información solicitada, así como fuertes críticas contra la actuación de los relatores y acusaciones contra el gobierno de Armenia<sup>65</sup>. Se trata de una de las escasas ocasiones en que se ha cuestionado tan abiertamente la neutralidad y el fundamento de las actuaciones de los mecanismos especiales, aunque se puede constatar una tendencia creciente en esta dirección<sup>66</sup>.

---

64 *Vid.* Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, y Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas: AL AZE 1/2022, “Comunicación al Gobierno de Azerbaiyán”, 28 de noviembre de 2022, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=27659>.

65 *Vid.* Respuestas de la Misión Permanente de Azerbaiyán ante la Oficina de las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales en Ginebra, 0564/12/20/01, 30 de diciembre de 2020, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=35857>, y 0085/12/23/27, 21 de febrero de 2023, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=37389>.

66 La primera ocasión que se puso en duda la imparcialidad de los mecanismos especiales fue en 2018, cuando la Federación de Rusia respondió que las alegaciones de que no se había investigado la muerte de un periodista eran “unacceptable and not consonant with the Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council, including the principles of objectivity, impartiality, transparency and even-handedness”, *vid.* Misión Permanente de la Federación de Rusia ante la Oficina de las Naciones Unidas y Otras Organizaciones Internacionales en Ginebra: 2386, “Information from the Russian Federation in response to the enquiry from the special procedures mandate-holders of the United Nations Human Rights Council with regard to the accident involving the journalist M.P. Borodin”, 27 de junio de 2018, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=34153>. Turquía había considerado “infundadas y desafortunadas” las alegaciones contenidas en una comunicación de 2020 sobre su actuación en Libia, añadiendo que “[t]he UN Human Rights Special Procedures is supposed to conduct its studies transparently and by considering the views of all parties instead of transmitting biased and misleading communications” y recomendando que se ocupase de las fosas comunes de Tarhuna, *vid.* Misión Permanente de la República de Turquía ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra: 2020/62441669/31739832, “Information Note in Reply to the Joint Communication from Special Procedures (AL TUR 7/2020)”, 17 de septiembre de 2020 <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=35575>. En 2021, Rusia, en relación con la comunicación sobre las actuaciones del Grupo Wagner en la República Centroafricana, volvió a comentar que “[i]t is regrettable that the communication of the special procedures is based on unverified information, largely taken from the media, and contains a wide range of probabilistic clauses” y acusó a los mecanismos especiales de violar manifiestamente su Código de Conducta, *vid.* Misión Permanente de la Federación de Rusia ante la Oficina de las Naciones Unidas y Otras Organizaciones Internacionales en Ginebra: 2055, “Information from the Russian Federation in response to the joint enquiry of the special procedures of the Human Rights Council on the alleged activities of Russian private military and security companies in the Central African Republic”, 28 de abril de 2021, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=36281>. Algo similar ocurrió en 2021 con la respuesta de la República Centroafricana, aunque entonces el gobierno se comprometió a investigar y actuar en el caso de que se demostrasen las alegaciones del Grupo de Trabajo, *vid.* Misión Permanente de la República Centroafricana ante la Oficina de las Naciones Unidas y Otras Organizaciones Internacionales en Ginebra: 194/2021/MP/GE/CJ, “Reponse Gouvernement Centrafricain”,

## 2. Organismos especializados y otras entidades

Al margen de los procedimientos especiales, destaca la actuación sobre el terreno de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>67</sup>, apoyadas por la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanita-

25 de junio de 2021, disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=36387>.

- 67 *Vid.* “Karabakh crisis: UN response continues”, *UN News*, 5 de octubre de 2023, disponible en <https://news.un.org/en/story/2023/10/1141962>. También se pueden consultar los siguientes documentos: ACNUR, *Armenia Refugee Response Plan: October 2023 – March 2024*, 7 de octubre de 2023, disponible en [https://data.unhcr.org/en/documents/details/103868?\\_gl=1\\*1imhzo\\*\\_rup\\_ga\\*MTc0MTgwNTg1Mi4xNjk3MDE3MzA5\\*\\_rup\\_ga\\_EVDQJTJ4LmY\\*MTY5NzAxNzMwOC4xLjAuMTY5NzAxNzMwOC4wLjAuMA..\\*\\_ga\\*MTQ0NTMyOTc4OC4xNjg0MzQ1Njg4\\*\\_ga\\_0SHT7QBS25\\*MTY5NzAxNzMwOC4xLjAuMTY5NzAxNzMwOC4wLjAuMA..#\\_ga=2.211273237.1040966449.1697017309-1445329788.1684345688](https://data.unhcr.org/en/documents/details/103868?_gl=1*1imhzo*_rup_ga*MTc0MTgwNTg1Mi4xNjk3MDE3MzA5*_rup_ga_EVDQJTJ4LmY*MTY5NzAxNzMwOC4xLjAuMTY5NzAxNzMwOC4wLjAuMA..*_ga*MTQ0NTMyOTc4OC4xNjg0MzQ1Njg4*_ga_0SHT7QBS25*MTY5NzAxNzMwOC4xLjAuMTY5NzAxNzMwOC4wLjAuMA..#_ga=2.211273237.1040966449.1697017309-1445329788.1684345688); UNFPA, *UNFPA Refugee Response in Armenia: Situation Report # 1*, 3 de octubre de 2023, disponible en [https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/ARM%20CO%20SitRep%231\\_Sept\\_2023\\_Refugee%20Response.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/ARM%20CO%20SitRep%231_Sept_2023_Refugee%20Response.pdf); UNFPA, *UNFPA Refugee Response in Armenia: Situation Report # 2*, 16 de octubre de 2023, disponible en [https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/ARM%20CO%20SitRep%232\\_Oct\\_2023\\_Refugee%20Response.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/ARM%20CO%20SitRep%232_Oct_2023_Refugee%20Response.pdf); UNICEF, *Armenia Country Office Annual Report 2020*, 2020, disponible en <https://www.unicef.org/media/100471/file/Armenia-2020-COAR.pdf>; UNICEF, *Armenia Country Office Annual Report 2021*, 2021, disponible en <https://www.unicef.org/media/115811/file/Armenia-2021-COAR.pdf>; UNICEF, *Armenia Country Office Annual Report 2022*, 2022, disponible en <https://www.unicef.org/reports/country-regional-divisional-annual-reports-2022/Armenia>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 1*, 2 de octubre de 2023, disponible en <https://www.unicef.org/media/145806/file/Armenia-Humanitarian-SitRep-No.1-02-October-2023.pdf>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 2*, 9 de octubre de 2023, disponible en <https://www.unicef.org/documents/armenia-humanitarian-situation-report-09-october-2023>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 3*, 17 de octubre de 2023, disponible en <https://www.unicef.org/media/146871/file/Armenia-Humanitarian-SitRep-No.3,-17-October-2023.pdf>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 4*, 24 de octubre de 2023, disponible en <https://www.unicef.org/media/147066/file/Armenia-Humanitarian-SitRep-No.4,-24-October-2023.pdf>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 5*, 1 de noviembre de 2023, disponible en <https://www.unicef.org/media/147381/file/Armenia-Humanitarian-SitRep-01-November-2023.pdf>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 6*, 9 de noviembre de 2023, disponible en <https://www.unicef.org/media/148001/file/Armenia-Humanitarian-SitRep-No.6-09-November-2023.pdf>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 7*, 16 de noviembre de 2023, disponible en <https://www.unicef.org/media/148441/file/Armenia-Humanitarian-SitRep-No.7-16-November-2023.pdf>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 8*, 30 de noviembre de 2023, disponible en <https://www.unicef.org/media/149026/file/Armenia%20Humanitarian%20Situation%20Report%20No.%208:%20%2017-30%20November%202023%20.pdf>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 9*, 14 de diciembre de 2023, disponible en <https://www.unicef.org/media/150271/file/Armenia-Humanitarian-SitRep-14-December-2023.pdf>; UNICEF, *Armenia Humanitarian Situation Report no. 10*, 31 de diciembre de 2023., disponible en <https://www.unicef.org/media/151081/file/Armenia-Humanitarian-Situation-Report-31-December-2023.pdf>; OMS, *Armenia refugee response: situation report No. 1*, 5 de octubre de 2023, disponible en <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/373241/WHO-EURO-2023-8251-48023-71133-eng.pdf?sequence=1>; OMS, *Armenia refugee response: situation report No. 2*, 12 de octubre de 2023, disponible en <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/373388/WHO-EURO-2023-8251-48023-71242-eng.pdf?sequence=1>; OMS, *Armenia refugee response: situation report No. 3*, 23 de octubre de 2023, disponible en <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/373587/WHO-EURO-2023-8251-48023-71335-eng%20.pdf?sequence=1>; OMS, *Armenia*



rios (OCHA). Incluso la Unión Postal Universal (UPU) se ha visto obligada a tomar decisiones en relación con el conflicto. En 2021, denegó el registro en el WNS de una emisión de sellos y hojas bloque del Ministerio de Transportes, Comunicaciones y Alta Tecnología de Azerbaiyán que mostraba a una persona fumigando Nagorno Karabaj y el sur de Armenia en un mapa, por considerarlo discriminatorio y, por tanto, incompatible con el art. 6.5.4 del Convenio Postal Internacional y con el párrafo 8 de la Recomendación C 13/2016 del 26.º Congreso de la UPU, sobre deontología filatélica destinada a los Países miembros de la Unión<sup>68</sup>. Por ello, la UPU invitó a Azerbaiyán a retirar el sello y a Armenia a presentar propuestas de reforma de la normativa de la Organización para garantizar la correcta aplicación del Convenio Postal Universal<sup>69</sup>. Aunque la imagen del mapa se ha eliminado del sobre de primer día, todavía es posible adquirir algunos de los sellos que componen la emisión, que muestra en una mitad un soldado y, en la otra, un miembro de un equipo de desinfección.

Por último, cabe destacar la importancia de la labor de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Durante la guerra, la UNESCO emitió una declaración por la cual se compelia a las partes en conflicto a cumplir las obligaciones derivadas de la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y sus Protocolos<sup>70</sup>, así como a abstenerse de atacar a los profesionales de la información, a los niños y los edificios educativos<sup>71</sup>. Con posterioridad a la declaración trilateral, la Directora General de la UNESCO se reunió con los representantes de Armenia y Azerbaiyán ante dicha Organización in-

---

*refugee response: situation report No. 4*, 30 de octubre de 2023, disponible en <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/373809/WHO-EURO-2023-8251-48023-71435-eng.pdf?sequence=1>; OMS, *Armenia refugee response: situation report No. 5*, 13 de noviembre de 2023, disponible en <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/374189/WHO-EURO-2023-8251-48023-71872-eng.pdf?sequence=1>; OMS, *Armenia refugee response: situation report No. 6*, 27 de noviembre de 2023, disponible en <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/374474/WHO-EURO-2023-8251-48023-72424-eng.pdf?sequence=1>, y OMS, *Armenia refugee response: situation report No. 7*, 11 de diciembre de 2023, disponible en <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/375081/WHO-EURO-2023-8251-48023-72662-eng.pdf?sequence=1>.

- 68 El art. 6.5.4 del Convenio Postal Universal establece lo siguiente: “Los temas y los motivos de los sellos de Correos deberán: [...] 5.4 evitar temas o diseños de carácter político o que puedan ser ofensivos para una persona o un país”. El párrafo 8 de la Recomendación C 13/2016 prohíbe producir sellos con el objeto de engañar a los clientes o de forma abusiva, considerándose como tales las emisiones cuyo tema sea contrario al art. 8.5 del Convenio Postal Universal (“un motivo ajeno a la cultura del País miembro o del territorio emisor y que no pueda considerarse que contribuye a la ‘promoción de la cultura o al mantenimiento de la paz’”) y/o que supere los límites aceptables de las emisiones filatélicas definidos en la Recomendación. Asimismo, se prevé que se puedan presentar denuncias a través de la web del WNS.
- 69 *Vid.* UPU International Bureau: 4700(DL.PHIL)01.21, “Letter from Ricardo Guilherme Filho, Director of Legal Affairs, Universal Postal Union, to Hakob Arshakyan, Minister of High-Tech Industry, Republic of Armenia”, 1 de junio de 2021, disponible como anexo 51 en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/180/180-20210916-APP-01-01-EN.pdf>.
- 70 Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 14 de mayo de 1954, 249 UNTS, 215; Protocolo a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 14 de mayo de 1954, 249 UNTS, 358, y Segundo Protocolo a la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de 26 de marzo de 1999, 2253 UNTS, 172.
- 71 *Vid.* UNESCO: “Situation in the Nagorno-Karabakh conflict zone UNESCO statement”, 9 de octubre de 2020, disponible en <https://www.unesco.org/en/articles/situation-nagorno-karabakh-conflict-zone-unesco-statement>.

ternacional para reiterar la necesidad de proteger el patrimonio cultural en los conflictos armados<sup>72</sup>. En diciembre de 2020, el Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado emitió una declaración en la que llamaba a las partes a tomar medidas para la protección y prevención del deterioro del patrimonio de Nagorno Karabaj y su entorno, y anunciaba una misión técnica independiente para determinar el estado de los bienes que lo conforman<sup>73</sup>. Sin embargo, años después, no se ha llevado a cabo la misión por la existencia de obstáculos políticos<sup>74</sup>, aunque en octubre de 2023 se permitió que accediesen a Nagorno Karabaj dos misiones del ACNUR, UNICEF, la OMS, la OCHA y la FAO<sup>75</sup>. Esta cuestión no se ha resuelto todavía. Sin embargo, tras el

- 
- 72 *Vid.* UNESCO: Comunicado de Prensa 2020/113, “Nagorno-Karabaj: recordando la obligación de proteger los bienes culturales, la UNESCO propone a las partes que se envíe una misión a la región”, 20 de noviembre de 2020, disponible en <https://www.unesco.org/es/articles/nagorno-karabaj-recordando-la-obligacion-de-proteger-los-bienes-culturales-la-unesco-propone-las>. Posteriormente, se recibió una carta del Consejo Mundial de Iglesias (CMI) sobre este mismo asunto. *Vid.* CMI: “WCC letter to UNESCO regarding the Nagorno-Karabakh/Artsakh’s Armenian historical, religious and cultural heritage”, 23 de noviembre de 2020, disponible en [https://www.oikoumene.org/sites/default/files/2020-11/WCC-UNESCO-Nagorno\\_Karabakh.pdf](https://www.oikoumene.org/sites/default/files/2020-11/WCC-UNESCO-Nagorno_Karabakh.pdf), en la que advertía de que Azerbaiyán ya había comenzado a destruir o convertir el patrimonio cultural armenio en dicho territorio y solicitaba que la UNESCO adoptase todas las medidas apropiadas para proteger tales bienes.
- 73 *Vid.* UNESCO: C54/20/15.COM/Declaration, “Declaration of the Committee for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of the Second Protocol to The Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict – ensuring cultural property protection in and around Nagorno-Karabakh and setting-up an independent technical mission”, 11 de diciembre de 2020, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380348>. Esta cuestión fue debatida en la 15.ª reunión del Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado a petición de Armenia y Azerbaiyán, ya que, aunque se había negociado su remoción para evitar la politización del Comité, la presentación de una propuesta de decisión o declaración (finalmente se decidió que fuese una declaración) por Grecia a instancia de Francia para “enviar un mensaje político fuerte a la comunidad internacional” sobre el contenido del Segundo Protocolo a la Convención hizo cambiar de opinión a Azerbaiyán, que decidió mantener su petición. Inicialmente, se decidió confirmar el orden del día original, pero posteriormente, tras acalorados debates, se llegó a un consenso entre Armenia y Azerbaiyán sobre la retirada de los puntos del orden del día propuestos por estos Estados y sobre la propuesta de declaración. No obstante, Azerbaiyán manifestó su desacuerdo con varios de los puntos. *Vid.* UNESCO: C54/20/15.COM/3.Rev, “Provisional Agenda of the 15th meeting of the Committee for the Protection of Cultural Property in the event of Armed Conflict”, 4 de diciembre de 2020, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375406>, y C54/20/15.COM/Report, “Summary Records of the 15th meeting of the Committee”, 7 de mayo de 2021, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379297?posInSet=28&queryId=64535792-e698-4f27-9e29-16e1c9e29cb1>.
- 74 Las declaraciones de Armenia al respecto pueden consultarse en UNESCO: 211 EX/SR.1-7, “Summary records of the 211th session of the Executive Board, 7-21 April 2021”, 9 de julio de 2021, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378324?posInSet=5&queryId=c3ce97ca-fc47-4a10-a287-d88e-400252bb>; 214 EC/SR.1-5, “Summary records of the 214th session of the Executive Board, Paris, 30 March – 13 April 2022”, 13 de julio de 2022, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000382260?posInSet=7&queryId=c3ce97ca-fc47-4a10-a287-d88e400252bb>; C54/22/17.COM/Report, “Committee for the Protection of Cultural Property in the event of Armed Conflict – Seventeenth Meeting: Paris, UNESCO Headquarters, 15 – 16 December 2022 – Summary Records”, 24 de mayo de 2023, párr. 54, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000387819?posInSet=389&queryId=64535792-e698-4f27-9e29-16e1c9e29cb1>, y 41 C/PROCEEDINGS, “Proceedings of the 41st session of the General Conference”, vol. 2, 2023, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385357?posInSet=8&queryId=c3ce97ca-fc47-4a10-a287-d88e400252bb>.
- 75 *Vid.* Naciones Unidas: “Daily Press Briefing by the Office of the Spokesperson for the Secretary-General”, 2 de octubre de 2023, disponible en <https://press.un.org/en/2023/db231002.doc.htm>.

ataque a Nagorno Karabaj de septiembre de 2023, la UNESCO, a solicitud de Armenia, colaboró para el desarrollo de un plan de acción para garantizar la educación de los estudiantes desplazados<sup>76</sup>. La relación de Azerbaiyán con la UNESCO ha tenido sobresaltos en los últimos años, los cuales culminaron a finales de 2022 con la dimisión de la Vicepresidenta de Azerbaiyán y, a su vez, esposa del Presidente Aliyev de su puesto de embajadora de buena voluntad de la UNESCO, que había ejercido desde 2004. En 2023, Azerbaiyán solicitó una misión de la UNESCO para determinar el estado del patrimonio azerí en “Azerbaiyán Occidental”, un término político que incluye el territorio de la actual República de Armenia y que se considera como terminología revisionista<sup>77</sup>. En sus alocuciones de 2022, la delegación azerí no hizo referencia a este concepto político, aunque también demandaba una misión de la UNESCO a Armenia<sup>78</sup>.

## **VI. LA JUDICIALIZACIÓN PARCIAL DEL CONFLICTO: EL PAPEL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

Una de las novedades que ha traído consigo la situación creada por y tras la guerra de 2020 es la judicialización del conflicto entre Armenia y Azerbaiyán, aunque esta ha tenido lugar de forma parcial y dispersa. En efecto, los casos planteados ante la CIJ han estado precedidos de una pluralidad de reclamaciones ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos por infracción de los derechos de la población civil a la vida y a la salud, así como por la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, que han tenido lugar en un momento de repunte de las demandas interestatales<sup>79</sup>.

Asimismo, el 18 de enero de 2023, ya pendientes los casos *Armenia c. Azerbaiyán*<sup>80</sup> y *Azerbaiyán c. Armenia*<sup>81</sup> ante la CIJ, Azerbaiyán planteó un arbitraje ante el mecanismo de resolución de controversias previsto en el art. 18.2 del Convenio relativo a la Conservación de la

---

76 *Vid.* UNESCO: “Armenia: La UNESCO envía una misión de emergencia para brindar su apoyo en la acogida de refugiados”, 4 de octubre de 2023, disponible en <https://www.unesco.org/es/articles/armenia-la-unesco-envia-una-mision-de-emergencia-para-brindar-su-apoyo-en-la-acogida-de-refugiados>.

77 *Vid.* UNESCO: 216 EX/SR.1-6, “Summary records of the 216th session of the Executive Board, Paris, 10-24 May 2023”, 24 de agosto de 2023, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386604?posInSet=661&queryId=64535792-e698-4f27-9e29-16e1c9e29cb1>.

78 *Vid.* UNESCO: 215 EX/SR.1-6, “Summary records of the 215th session of the Executive Board, Paris, 5-19 October 2022”, 19 de enero de 2023, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384266?posInSet=799&queryId=64535792-e698-4f27-9e29-16e1c9e29cb1>, y 214 EC/SR.1-5, “Summary records of the 214th session of the Executive Board, Paris, 30 March – 13 April 2022”, 13 de julio de 2022, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000382260?posInSet=7&queryId=c3ce97ca-fc47-4a10-a287-d88e400252bb>.

79 *Vid.* RISINI, I., “Armenia v Azerbaijan before the European Court of Human Rights”, *EJIL:Talk!*, 1 de octubre de 2020, disponible en <https://www.ejiltalk.org/armenia-v-azerbaijan-before-the-european-court-of-human-rights/>.

80 *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Demanda con solicitud de medidas provisionales, 16 de septiembre de 2021, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/180/180-20210916-APP-01-00-EN.pdf>.

81 *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Azerbaiyán c. Armenia)*, Demanda, 23 de septiembre de 2021, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/181/181-20210923-APP-01-00-EN.pdf>.

Vida Silvestre y del Medio Natural en Europa, hecho en Berna el 19 de septiembre de 1979<sup>82</sup>, cuyo laudo tendrá carácter vinculante, *ex art.* 18.4 del mismo Convenio. Por otro lado, tras un intento de planteamiento de otro arbitraje por parte de un grupo de inversores armenios contra Azerbaiyán en virtud del Tratado de la Carta de la Energía<sup>83</sup>, Azerbaiyán interpuso una demanda interestatal contra Armenia en el marco del art. 27 del Tratado de la Carta de la Energía el 27 de febrero de 2023<sup>84</sup>, que comenzará a sustanciarse a finales de 2024. El análisis de estos casos excede los límites del presente estudio, pero su mera mención permite constatar que las actuaciones ante la CIJ no agotan la materia en todas sus dimensiones y que los casos con complementarios, aunque su desarrollo simultáneo puede crear discrepancias o disfunciones en los pronunciamientos correspondientes. Por último, debe completarse este panorama judicial con la reciente ratificación del Estatuto de Roma por la República de Armenia<sup>85</sup>, que entró en vigor para este Estado el 1 de febrero de 2024.

Los casos pendientes ante la CIJ están fundamentados casi exclusivamente en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, lo cual reduce considerablemente el ámbito del conflicto en sede jurisdiccional, ya que excluye, por ejemplo, la invasión de parte del territorio de Armenia por Azerbaiyán desde mayo de 2021<sup>86</sup>. Aunque dentro del elenco de medidas provisionales solicitadas por Armenia se incluyen varias

- 
- 82 1284 UNTS 209. El registro del procedimiento ante la Corte Permanente de Arbitraje tiene el número 2023-60 y puede consultarse en <https://pca-cpa.org/es/cases/314/>. Para un análisis de este caso, *vid.* NAKAJIMA, K., “And the Azerbaijan-Armenia Lawfare Expanded: The Arbitration brought by Azerbaijan under the Bern Convention”, *Völkerrechtsblog*, 30 de enero de 2023, disponible en <https://voelkerrechtsblog.org/and-the-azerbaijan-armenia-lawfare-expanded/>, y ABUALROB, W., *et al.*, “Applying International Environmental Law Conventions in Occupied Territory: The Azerbaijan v. Armenia Case under the Bern Convention”, *EJIL: Talk!*, 12 de mayo de 2023, disponible en <https://www.ejiltalk.org/applying-international-environmental-law-conventions-in-occupied-territory-the-azerbaijan-v-armenia-case-under-the-bern-convention/>.
- 83 Tratado de la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, 2080 UNTS 95. Sobre este intento, *vid.* “Azerbaijan threatened with ECT claim after armed conflict”, *Global Arbitration Review*, 6 de diciembre de 2022, disponible en <https://globalarbitrationreview.com/article/azerbaijan-threatened-ect-claim-after-armed-conflict#:~:text=Armenian%20hydropower%20investors%20have%20notified,Nagorno%2DKarabakh%20War%20of%202020>.
- 84 Se trata del caso 2023-65 registrado ante la Corte Permanente de Arbitraje, cuyos datos elementales pueden consultarse en <https://pca-cpa.org/en/cases/312/>.
- 85 Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, 2187 UNTS, 3. Su ratificación por la República de Armenia se produjo a través de la Ley sobre la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho el 17 de julio de 1998, y sobre la adopción de la Declaración sobre el reconocimiento retroactivo de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional por la República de Armenia sobre la base del párrafo 3 del artículo 12 del Estatuto [“1998 թվականի հուլիսի 17-ին ստորագրված՝ Միջազգային Քրեական Դատարանի Հռոմի կանոնադրությունը վավերայնելու և կանոնադրության 12-րդ հոդվածի 3-րդ մասի հիմքով «Հայաստանի Հանրապետության կողմից Միջազգային Քրեական Դատարանի իրավազորությունը հետադարձորեն ճանաչելու մասին» հայտարարությունը ընդունելու մասին”], de 3 de octubre de 2023, disponible en su traducción al inglés en <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-11/Official-translation.pdf>.
- 86 La invasión ya había sido reconocida, por ejemplo, por la Unión Europea con anterioridad al planteamiento de las demandas ante la CIJ, en la resolución del Parlamento Europeo de 20 de mayo de 2021, sobre los prisioneros de guerra tras el último conflicto con Azerbaiyán, que se cita en la demanda del caso *Armenia c. Azerbaiyán*.

relacionadas con los prisioneros de guerra y con la protección del patrimonio histórico, cultural y religioso armenio<sup>87</sup>, no se mencionan ni las Convenciones de Ginebra ni ningún tratado de protección del patrimonio histórico, cultural y artístico, y lo mismo ocurre en el caso de la demanda del caso *Azerbaiyán c. Armenia*<sup>88</sup>, que tampoco menciona tales tratados ni ningún otro relativo a la protección de los recursos naturales, aunque posteriormente, como se ha indicado, Azerbaiyán inició un procedimiento específico sobre estas reivindicaciones. Cabe destacar que, en los últimos años, han proliferado los asuntos relacionados con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, por lo que existe una base jurisprudencial que facilita el planteamiento de nuevas reclamaciones<sup>89</sup>. De alguna forma, el carácter básico de este tratado se ha querido utilizar por los jueces de la CIJ como paraguas para cubrir las consecuencias jurídicas del conflicto en una extensión más amplia, sin perjuicio de que las mismas podrían ser objeto de litigio con otras bases jurídicas más concretas o tangibles y cuyo incumplimiento podría ser más fácil de demostrar<sup>90</sup>.

- 
- 87 *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Demanda con solicitud de medidas provisionales, 16 de septiembre de 2021, párr. 131: “On the basis of the facts set forth above and in the Application, Armenia respectfully requests the Court, as a matter of extreme urgency, to indicate the following provisional measures pending its determination of this case on the merits: Azerbaijan shall release immediately all Armenian prisoners of war, hostages and other detainees in its custody who were made captive during the September-November 2020 armed hostilities or their aftermath; [p]ending their release, Azerbaijan shall treat all Armenian prisoners of war, hostages and other detainees in its custody in accordance with its obligations under the CERD, including with respect to their right to security of person and protection by the State against all bodily harm, and permit independent medical and psychological evaluations for that purpose; [...] Azerbaijan shall protect the right to access and enjoy Armenian historic, cultural and religious heritage, including but not limited to, churches, cathedrals, places of worship, monuments, landmarks, cemeteries and other buildings and artefacts, by inter alia terminating, preventing, prohibiting and punishing their vandalisation, destruction or alteration, and allowing Armenians to visit places of worship; Azerbaijan shall facilitate, and refrain from placing any impediment on, efforts to protect and preserve Armenian historic, cultural and religious heritage, including but not limited to churches, cathedrals, places of worship, monuments, landmarks, cemeteries and other buildings and artefacts, relevant to the exercise of rights under the CERD”.
- 88 *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Azerbaiyán c. Armenia)*, Demanda, 23 de septiembre de 2021, párrs. 61 – 68, 82 – 84 y 98, y *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Azerbaiyán c. Armenia)*, Solicitud de medidas provisionales, 23 de septiembre de 2021, párr. 28, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/181/181-20210923-REQ-01-00-EN.pdf>.
- 89 *Vid. Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, Sentencia, 1 de abril de 2011, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/140/140-20110401-JUD-01-00-EN.pdf>; *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Qatar c. Emiratos Árabes Unidos)*, Sentencia, 4 de febrero de 2021, disponible en <https://www.icj-cij.org/case/172/judgments>; *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación de Rusia)*, Sentencia, 8 de noviembre de 2019, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/166/166-20191108-JUD-01-00-EN.pdf>; *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación de Rusia)*, Sentencia, 31 de enero de 2024, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/166/166-20240131-jud-01-00-en.pdf>.
- 90 También incide en esta cuestión FONTANELLI, F., “The Disputes Between Armenia and Azerbaijan: The CERD Compromissory Clause as a One-way Ticket to Hague”, *EJIL:Talk!*, 11 de noviembre de 2021,

Hasta ahora, procesalmente, ha tenido un mayor recorrido el caso *Armenia c. Azerbaiyán*, ya que, en este caso, se han dictado varios autos relevantes sobre la adopción de medidas provisionales, ligados al desarrollo posbélico del conflicto, aunque no en todos los casos accedió a las nuevas solicitudes de Armenia<sup>91</sup>. Entre ellas, destaca el auto de 22 de febrero de 2023, relativo al bloqueo del corredor de Lachín por Azerbaiyán, en el que la CIJ decidió establecer como medida provisional la obligación de Azerbaiyán de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el movimiento de personas, vehículos y mercancías sin obstáculos por el corredor de Lachín en los dos sentidos<sup>92</sup>. En cambio, en el caso *Azerbaiyán c. Armenia*, las medidas provisionales acordadas inicialmente eran mucho más genéricas y escuetas que en el caso anterior<sup>93</sup> y el único intento de Azerbaiyán de ampliar dichas medidas, relativo a las minas presentes en Nagorno Karabaj y sus alrededores, fue rechazado por la CIJ por considerar que no se cumplían los requisitos necesarios<sup>94</sup>.

El auto de la CIJ de 22 de febrero de 2023, dictado en el caso *Armenia c. Azerbaiyán*, ha permitido constatar de nuevo los problemas para imponer el cumplimiento forzoso de las resoluciones de la CIJ. El mismo día de su adopción, el Ministerio de Asuntos Exteriores de

---

disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-disputes-between-armenia-and-azerbaijan-the-cerd-compromis-sory-clause-as-a-one-way-ticket-to-hague/>.

- 91 *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Medidas Provisionales, Auto de 7 de diciembre de 2021, *I.C.J. Reports 2021*, p. 361; *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Medidas Provisionales, Auto de 12 de octubre de 2022, *I.C.J. Reports 2022*, p. 578; *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Medidas Provisionales, Auto de 22 de febrero de 2023, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/180/180-20230222-ORD-01-00-EN.pdf>; *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Medidas Provisionales, Auto de 6 de julio de 2023, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/180/180-20230706-ord-01-00-en.pdf>, y *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Medidas Provisionales, Auto de 17 de noviembre de 2023, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/180/180-20231117-ord-01-00-en.pdf>.
- 92 *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Medidas Provisionales, Auto de 22 de febrero de 2023, *cit.*, párr. 67.
- 93 *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Azerbaiyán c. Armenia)*, Medidas Provisionales, Auto de 7 de diciembre de 2021, *I.C.J. Reports 2021*, p. 405, párr. 76, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/181/181-20211207-ORD-01-00-EN.pdf>, que únicamente exigía que “The Republic of Armenia shall, in accordance with its obligations under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, take all necessary measures to prevent the incitement and promotion of racial hatred, including by organizations and private persons in its territory, targeted at persons of Azerbaijani national or ethnic origin” y que “[b]oth Parties shall refrain from any action which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve”. Para un análisis de los requisitos procesales en estos y otros casos, *vid.* GARRIDO MUÑOZ, A., “Al filo de su competencia *ratione materiae*: la providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa)*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, n.º 2, 2022, pp. 77 – 104.
- 94 *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Azerbaiyán c. Armenia)*, Medidas Provisionales, Auto de 22 de febrero de 2023, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/181/181-20230222-ORD-01-00-EN.pdf>.

Azerbaiyán emitió un comunicado de prensa en el que interpretó el auto anteriormente citado como una derrota de Armenia y un reconocimiento del cumplimiento de la obligación establecida en él por Azerbaiyán<sup>95</sup>. Pese a la insistencia de la comunidad internacional en el cumplimiento del auto de la CIJ, Azerbaiyán impuso su interpretación de la misma estableciendo un *checkpoint* en el corredor de Lachín el 23 de abril de 2023 (casualmente, la víspera del día de conmemoración del genocidio armenio) y, posteriormente, expulsando a la práctica totalidad de los armenios de Nagorno Karabaj entre el 19 de septiembre y el 2 de octubre del mismo año mediante el uso de la fuerza. Sin embargo, en su auto de 6 de julio de 2023, ya citado, la CIJ rechazó las pretensiones de Armenia de ampliar las medidas provisionales, lo cual permitió que el Ministerio de Asuntos Exteriores de Azerbaiyán entendiera que “[c]ontrary to Armenia’s falsehoods, ICJ did not find the checkpoint is disrupting movement along the Lachin road, nor did it find that Azerbaijan breached the 22 February Order<sup>96</sup>”. Finalmente, en el auto de 17 de noviembre de 2023, la CIJ determinó que “the Court finds plausible the right of persons not to find themselves compelled to flee their place of residence for fear that they will be targeted because they belong to a protected group under CERD, and the right of those persons to be guaranteed a safe return” y que “[o]n the basis of the information presented to it, the Court considers plausible at least some of the rights asserted by Armenia that it claims to have been violated in the aftermath of the operation commenced by Azerbaijan in Nagorno-Karabakh on 19 September 2023<sup>97</sup>”, aunque mitigó su decisión por la emisión de una declaración de Azerbaiyán de 12 de octubre de 2023 por la que se comprometía a respetar los derechos de los ciudadanos armenios. Así, exigió que Azerbaiyán garantizara que las personas que hubiesen abandonado Nagorno Karabaj después del 19 de septiembre de 2023 y desearan regresar a Nagorno Karabaj pudiesen hacerlo de manera segura e inmediata y sin obstáculos; que aquellas que desearan marcharse de Nagorno Karabaj pudiesen hacerlo con los mismos requisitos, y que a las personas que decidiesen quedarse no se les aplicase ningún tipo de fuerza o inti-

---

95 *Vid.* Ministerio de Asuntos Exteriores de Azerbaiyán: 083/23, “Press Release on the decision of the International Court of Justice on provisional measures”, 22 de febrero de 2023, disponible en <https://www.mfa.gov.az/en/news/no08323>, donde se indica que “[i]n its Order, the Court took note of Azerbaijan’s representation that Azerbaijan has and undertakes to continue to take all steps within its power and at its disposal to guarantee safe movement along the Lachin Road and the terms of the Trilateral Statement of November 10, 2020. Azerbaijan will continue to uphold the rights of its people under international law and to hold Armenia to account for its ongoing and historic grave violations of human rights”.

96 Ministerio de Asuntos Exteriores de Azerbaiyán: 389/23, “Commentary on Armenia’s misinterpretation of the decision of the International Court of Justice of July 6, 2023, on unanimous rejection of Armenia’s request”, 12 de julio de 2023, disponible en <https://www.mfa.gov.az/en/news/no38923>. Anteriormente, en Ministerio de Asuntos Exteriores de Azerbaiyán: 381/23, “Press Release on the decision of the International Court of Justice of July 6, 2023, on unanimous rejection of Armenia’s request”, 7 de julio de 2023, disponible en <https://www.mfa.gov.az/en/news/no38123>, se había indicado que “We welcome the Court’s ruling that has reconfirmed Azerbaijan’s right to control its borders, and that Armenia’s request on removal of the Checkpoint was unfounded. Thus, misinterpretation by the Armenian side of the latest decision is nothing than a desperate attempt. Azerbaijan’s decision to establish its border checkpoint at the entrance of the Lachin road was in keeping with its sovereign rights to secure its border [...]. Azerbaijan continues to comply with the ICJ’s Order and to uphold its international legal obligations, and will continue to hold Armenia to account for its ongoing and historic grave violations of international law”.

97 *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán)*, Medidas Provisionales, Auto de 17 de noviembre de 2023, párrs. 40 y 41.

midación que pudiera provocar su huida, además de proteger y preservar con diligencia los documentos y registros relativos a la identidad y a la propiedad de las personas indicadas, e informar a la CIJ sobre las medidas adoptadas para el acatamiento de sus resoluciones y de su declaración de 12 de octubre de 2023<sup>98</sup>. De nuevo, el Ministerio de Asuntos Exteriores de Azerbaiyán publicó una interpretación que incidía en las omisiones de la resolución y consideraba que la CIJ confirmaba el cumplimiento de las medidas acordadas por dicho Estado<sup>99</sup>. Sin embargo, a partir de los acontecimientos de 2023 y esta última resolución de la CIJ, se han sucedido las resoluciones que contradicen la interpretación dada por Azerbaiyán y expresan la preocupación por el cumplimiento de los derechos humanos por su gobierno, aunque ni el Consejo de Seguridad ni la Asamblea General se han pronunciado al respecto<sup>100</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

Las Naciones Unidas se encuentran en un momento decisivo para la determinación de su papel en el cambiante entorno geopolítico internacional. Sin embargo, teniendo en cuenta las propias manifestaciones del actual Secretario General, se puede concluir que los esfuerzos realizados hasta ahora por reformar el sistema de seguridad institucional de las Naciones Unidas han sido insuficientes para abordar los conflictos armados más recientes.

Por otra parte, del análisis de la actuación del Consejo de Seguridad se ha puesto de manifiesto la dificultad de llegar a un consenso en múltiples conflictos recientes. En el caso que nos ocupa, ya se ha planteado la necesidad de relanzar el Grupo de Minsk o bien de actualizar la posición del Consejo de Seguridad, ya que la situación y las necesidades actuales son muy dis-

98 *Ibid.*, párr. 74.

99 *Vid.* Ministerio de Asuntos Exteriores de Azerbaiyán: 658/23, “Press Release on the decision of the International Court of Justice of November 17, 2023”, 17 de noviembre de 2023, que establece: “The measures indicated by the Court acknowledges the already declared policy of the Government of Azerbaijan with respect to the Armenian residents of Garabagh. This includes our undertaking to ensure all residents’ safety and security, regardless of national or ethnic origin. Azerbaijan has never forced the Armenian residents out of Garabagh and notwithstanding Azerbaijan’s call to stay, it was their decision to relocate to Armenia and other countries. Azerbaijan is committed to uphold the human rights of the Armenian residents of Garabagh on an equal basis with other citizens of Azerbaijan in line with its Constitution and relevant international obligations. The fact that the Court ordered no measure related to the request by Armenia to facilitate the UN agencies access to the Garabagh region and cooperation with the International Committee of the Red Cross (ICRC), is an acknowledgement of the openness and cooperation extended by Azerbaijan to this end, which essentially nullifies all the accusations against our country [...]. Azerbaijan takes seriously its obligations under the CERD. We remain committed to upholding those obligations and the rights of all people under international law, and focused on a peaceful and prosperous region”.

100 *Vid.*, *v. gr.*, la resolución del Parlamento Europeo de 5 de octubre de 2023 sobre la situación en Nagorno Karabaj, tras el ataque de Azerbaiyán y las amenazas continuas contra Armenia, en los que se condena la agresión de Azerbaiyán, que se considera como una grave violación del Derecho internacional, de los derechos humanos y de la declaración trilateral de 9 de noviembre de 2020, e incluso pide a la Unión y a sus Estados miembros que adopten sanciones dirigidas contra los miembros del Gobierno azerbaiyano responsables de las múltiples vulneraciones del alto el fuego y violaciones de los derechos humanos en Nagorno Karabaj, así como la revisión exhaustiva de las relaciones de la Unión con Azerbaiyán, que hasta la fecha no se han materializado.



tintas del contexto inmediatamente posterior a la caída de la Unión Soviética, que mediatizó las resoluciones adoptadas entonces. Desaparecida la presencia armenia en Nagorno Karabaj, existen problemas graves que requieren de una respuesta clara de la comunidad internacional.

En un contexto de crecientes dificultades de funcionamiento del Consejo de Seguridad y de gran inestabilidad geopolítica, sería conveniente establecer mecanismos que permitan garantizar mínimamente el respeto a las resoluciones del Consejo de Seguridad por los Estados miembros en la Asamblea General, para evitar que pequeños grupos de Estados, prevaliéndose de la abstención de la gran mayoría de los Estados miembros, puedan actualizar o reformar aspectos decididos por el Consejo de Seguridad de acuerdo con sus posiciones unilaterales. Esto es especialmente necesario en los casos en que la ausencia de pronunciamientos no se debe a la utilización del derecho de veto dentro del Consejo de Seguridad, sino a una abstención derivada del recurso a mecanismos de resolución de carácter regional.

Salvo en el caso de los procedimientos especiales, no se aprecia una reacción institucional de las Naciones Unidas ante la nueva situación en Armenia y Nagorno Karabaj, y ello a pesar de que, actualmente, vigente la declaración trilateral de 9 de noviembre de 2020 y finalizada la presencia armenia en Nagorno Karabaj *manu militari*, el territorio de la República de Armenia ha sufrido ataques y ha sido parcialmente invadido por Azerbaiyán, lo cual supone una violación de los principios más básicos de la Carta de las Naciones Unidas. Esta Organización internacional no ha seguido la estela de otras regionales que ya han adoptado resoluciones o dado pasos para condenar la actuación de Azerbaiyán, como la Unión Europea y el Consejo de Europa<sup>101</sup>. Todo ello no hace sino ahondar en lo que Xavier PONS denomina “debilidades sistémicas” del Derecho internacional en cuanto a sus principios estructurales y el surgimiento de peculiares interpretaciones unilaterales de los mismos por parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas, que han sido puestas de manifiesto especialmente con la guerra de Ucrania y que han debilitado o restado peso a la Organización al imponer una visión reduccionista de sus funciones<sup>102</sup>.

---

101 El estudio de esta reacción sobrepasa los límites del presente trabajo y será objeto de publicación independiente. Sirvan como ejemplos la resolución del Parlamento Europeo de 5 de octubre de 2023 sobre la situación en Nagorno Karabaj, tras el ataque de Azerbaiyán y las amenazas continuas contra Armenia, considerando D y apartados 2 y 4, en la que se pide que se reevalúen las relaciones de los Estados miembros y de la propia Unión Europea con Azerbaiyán por este motivo, y la resolución 2527 (2024) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 24 de enero de 2024, por la que se deniega la ratificación de las credenciales de la delegación de Azerbaiyán ante la misma, suspendiendo sus facultades en dicho órgano y aplicándole medidas similares a las del caso de Rusia tras la guerra de Ucrania. Sobre este punto, recuérdese el precedente de Rusia en el Consejo de Europa, cuyas vicisitudes previas a la guerra de Ucrania pueden consultarse en BERMEJO GARCÍA, R., y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., “La crisis rusa en el Consejo de Europa: ¿un paso en falso de la Asamblea Parlamentaria?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 40, diciembre 2020, DOI: 10.17103/reei.40.06, pp. 1 – 29, y, con posterioridad al inicio de aquella, SALINAS DE FRÍAS, A., “Los efectos jurídicos derivados de la pérdida de la condición de Estado miembro del Consejo de Europa por la Federación Rusa”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, n.º 2, julio-diciembre 2022, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1a.04>, pp. 105 – 128.

102 *Vid.* PONS, X., “La guerra de Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 43, junio 2022, DOI: 10.17103/reei.43.082022, p. 3.

En el mismo sentido, también cabe traer a colación las palabras de PUREZA y ALCAIDE, que resumen la situación actual de las Naciones Unidas<sup>103</sup>:

El marco de esta dinámica de vaciamiento de las Naciones Unidas no ha sido solo el de la unipolaridad del sistema. A él se ha añadido el clima ideológico del final de la Guerra Fría, o lo que algunos llaman el mundo ‘post-político’, en el que las anteriores ‘grandes narrativas’ de regulación y de transformación social habrían sido sustituidas por un consenso minimalista de asistencia a las víctimas de conflictos y de desastres naturales. Esta dinámica de sustitución de la acción política por la asistencia humanitaria ha tenido consecuencias institucionales evidentes: delante de crisis internacionales de alta complejidad política, la ONU del siglo XXI ha sido remitida por los Estados más fuertes a una función minimalista, de la que se quita mucho del sentido de diplomacia robusta e incluso de intervención coercitiva que la Carta prevé y se la ha configurado crecientemente como poco más que una agencia humanitaria.

Este concepto de las Naciones Unidas también se ha puesto de manifiesto durante el bloqueo y la expulsión de los armenios de Nagorno Karabaj entre 2022 y 2023. En efecto, desde la declaración trilateral de 9 de noviembre de 2020, las Naciones Unidas, en contraste con otros conflictos armados coetáneos, apenas tuvieron relevancia hasta la intervención humanitaria de 2023 y, con la sola excepción de los procedimientos especiales, se limitaron a realizar advertencias sin relevancia jurídica para la resolución del conflicto. Resta por ver si el reequilibrio geopolítico que se está promoviendo en el Cáucaso meridional puede conllevar una renovación o actualización en la posición de las Naciones Unidas sobre el conflicto entre Armenia y Azerbaiyán.

Por último, el recurso a mecanismos judiciales y arbitrales de resolución de controversias supone un alejamiento (se verá si momentáneo o temporal) del principio de resolución política del conflicto, aunque constituya un derecho de los Estados. Sobre este punto, conviene incidir en la posibilidad de que la fragmentación del conflicto en varios litigios sustanciados ante distintas instancias conlleva un riesgo de descoordinación o incompatibilidad de las resoluciones que se adopten en los mismos, y, por tanto, la posibilidad de que se politicen o utilicen para el ulterior desarrollo del conflicto, especialmente teniendo en cuenta que ya se ha recurrido a la estrategia de uso de la fuerza con el pretexto de insuficiencia o insatisfacción con los mecanismos previamente empleados. Por ello, tanto la CIJ como los tribunales arbitrales que conozcan de las múltiples dimensiones del conflicto deberán extremar las precauciones y utilizar una terminología inequívoca y cuidadosamente seleccionada, con el fin de evitar el incumplimiento de las resoluciones con fundamento en interpretaciones unilaterales excesivamente favorecedoras de las posiciones de la parte que las realice.

---

103 *Vid.* PUREZA, J. M., y ALCAIDE-FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 18.

# EL FORMALISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A SU HUMANIZACIÓN: SUDÁFRICA CONTRA ISRAEL ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO EN LA FRANJA DE GAZA

## *THE FORMALISM VERSUS THE HUMANIZATION OF INTERNATIONAL LAW: SOUTH AFRICA V. ISRAEL BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CASE CONCERNING THE APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP*

LIBIA ARENAL LORA\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS ANTE LA SOLICITUD PRESENTADA A LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO SUDÁFRICA C. ISRAEL. III. LAS CONDICIONES SOBRE LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES: LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES Y LA DECISIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. IV. LA INDICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES POR PARTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. V. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** Este trabajo tiene como objeto analizar la solicitud de indicación de medidas provisionales en la demanda presentada por Sudáfrica contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio en la Franja de Gaza con el propósito de inferir las razones por las cuales la Corte no ha entrado a considerar ni a pronunciarse sobre la suspensión de las operaciones militares, además de señalar qué posibilidades tiene Sudáfrica de solicitar de nuevo esta medida ante la aparición de nuevos hechos o circunstancias desde febrero de 2024.

---

Fecha de recepción del trabajo: 23 de abril de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 27 de mayo de 2024.

\* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla. Contacto: [marenal@us.es](mailto:marenal@us.es). Trabajo realizado en el marco del proyecto de I+d+i “Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España”. IP Carlos FERNÁNDEZ LIESA/ IP Ana MANERO SALVADOR, financiado por MCIN-2023, PID2022-1383339OB-I00; así como en el marco del Grupo de investigación del Plan Andaluz de Investigación SEJ-055 “nuevos sujetos, nuevos derechos, nuevas responsabilidades: derechos humanos en la sociedad global” y en el marco de la “Red Empresas y Derechos Humanos. Incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierra y agua” (REDH-EXATA) financiada por la Asociación Iberoamericana de Postgrado (AUIP). Más información sobre la Red disponible en la web <https://redhexata.com/la-red/>.

**ABSTRACT:** *This article analyses the request for the indication of provisional measures to the International Court of Justice in the case South Africa v. Israel concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip in order to infer the reasons why the Court has not considered the suspension of military operations and also to point out what possibilities South Africa has to request this measure again if new facts or circumstances arise from February 2024.*

**PALABRAS CLAVE:** genocidio; Corte Internacional de Justicia; medidas provisionales; suspensión de operaciones militares.

**KEYWORDS:** *genocide; International Court of Justice; provisional measures; military operations.*

## I. INTRODUCCIÓN

El conflicto más longevo en Oriente Próximo es, sin lugar a duda, el árabe-israelí, ya que su inicio se remonta al año 1948, poco después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara la Resolución 181 (II), el 29 de noviembre de 1947, en la que estableciera la partición de Palestina en dos Estados, un Estado judío y un Estado árabe, y una zona bajo régimen internacional particular para la ciudad de Jerusalén.

Desde entonces se han ido sucediendo conflictos de diferente intensidad y alcance que han tenido como resultado la ampliación de las zonas ocupadas por Israel, la desconexión territorial de Cisjordania y Gaza, el desplazamiento masivo de población palestina y el establecimiento de un sistema de ocupación por parte de Israel que ha sido calificado incluso como un régimen de *apartheid*<sup>1</sup>.

El año 2006 fue un punto de inflexión en la historia de este conflicto. La victoria de Hamás en las elecciones generales de Palestina supuso el desencadenamiento de una crisis política y la ruptura de la unidad nacional entre las formaciones políticas Fatah y Hamás, el bloqueo total de Israel sobre la Franja y las tres grandes escaladas del conflicto que han tenido lugar hasta la fecha en este territorio: la operación Plomo Fundido (2008-2009), que fue un asalto masivo de 22 días a la Franja; la operación Margen Protector (2014), que se prolongó casi 50 días; y, finalmente, la que ha comenzado el 7 de octubre de 2023, que ha tenido su origen en la incursión terrestre a gran escala por parte de grupos armados de Hamás en Israel, capturando a cientos de rehenes y matando a miles de civiles israelíes, y que ha dado lugar a una respuesta militar sin precedentes por parte de Israel que ha declarado la guerra total a Hamás.

Este último conflicto en la Franja de Gaza ha dejado, desde su fecha de inicio hasta la actualidad, una cifra superior a los 35.000 palestinos muertos a manos de las fuerzas armadas<sup>2</sup>, de los que al menos el 70% son mujeres y niños<sup>3</sup>. La desaparición de al menos 7.000 palestinos, que continúan presuntamente muertos bajo los escombros<sup>4</sup>. Más de 1.800 familias palestinas

---

1 HRC, Report of the Special Rapporteur on the situation of Human Rights in the Palestinian territories occupied since 1967 (A/HRC/49/87) 21 March 2022.

2 OCHA, Reported impact since 7 October. Disponible en: <https://www.ochaopt.org/>. Datos actualizados el 20 de mayo de 2024.

3 OCHA, Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #85 (6th January 2024). Disponible en: <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-85>.

4 OCHA, Hostilities in Gaza Strip and Israel| Flash Update #83 (3th January 2024). Disponible en: <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-83>.

de Gaza que han perdido a varios de sus miembros<sup>5</sup> y cerca de 79.000 palestinos heridos y mutilados<sup>6</sup> de nuevo la mayoría mujeres y niños<sup>7</sup>.

Se calcula que más de 1,7 millones de palestinos, de los 2,3 millones de habitantes de Gaza, se han visto obligados a abandonar sus hogares y a desplazarse internamente –incluyendo personas heridas y enfermas<sup>8</sup>. Los desplazamientos obedecen a las sucesivas “órdenes de evacuación” dadas por Israel, calificadas de contrarias al Derecho Internacional Humanitario (DIH) por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que han provocado un movimiento de población sin precedentes del Norte al Sur de Gaza<sup>9</sup>. Las rutas de evacuación han sufrido ataques y en ellas se han producido asesinatos y otros actos de violencia. Para muchos palestinos, la evacuación forzosa de sus hogares será necesariamente permanente debido a la magnitud de la destrucción, que hasta la fecha alcanza al 60% del parque de viviendas de Gaza<sup>10</sup> y sin contar con el nivel de pérdida e inutilización de todo tipo de infraestructuras civiles –desde centrales eléctricas hasta desalinizadoras<sup>11</sup>.

La mayoría de los 1,7 millones de palestinos desplazados en Gaza buscan refugio en instalaciones de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina (UNRWA, en inglés), que consisten principalmente en escuelas y tiendas de campaña, lugares que no son seguros en sí mismos y que están al borde del colapso. La situación de la UNRWA es insostenible, pero es mucho peor la situación de los palestinos que no encuentran refugio y deben permanecer sin cobijo –solo en la zona de Rafah, al lado de la frontera con Egipto, ya viven más de 12.000 palestinos por kilómetro cuadrado<sup>12</sup>.

El 9 de octubre de 2023, Israel declaró un asedio total a Gaza, lo que impidió inicialmente la entrada de electricidad, alimentos, agua o combustible. Aunque el asedio se ha ido aliviando parcialmente desde entonces y, a partir del 21 de octubre de 2023, se permitió la entrada de

---

5 OCHA, Hostilities in Gaza Strip and Israel-Fals update| Día 90 (5th January de 2024). Disponible en: <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-90>.

6 OCHA, Reported impact since 07 October. <https://www.ochaopt.org/>. Datos actualizados a 20 de mayo de 2024.

7 OCHA, Hostilities in Gaza Strip and Israel| Flash Update #78 (27t of December 2023). Disponible en: <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-88>.

8 OCHA, Reported impact since 7 October. Disponible en: <https://www.ochaopt.org/>. Datos actualizados a 20 de mayo de 2024.

9 ICRC, Israel and the occupied territories: Evacuation order of Gaza triggers catastrophic humanitarian consequences (13th October 2023). Disponible en: <https://www.icrc.org/en/document/israel-and-occupied-territories-evacuation-order-of-gaza-triggerscatastrophic-humanitarian-consequences>.

10 OCHA, Reported impact since 7 October. Más de 70.000 vivienda destruidas. Disponible en: <https://www.ochaopt.org/>. Datos actualizados a 20 de mayo de 2024.

11 La información que se refleja en este artículo se ha obtenido de los informes, los datos y las opiniones expresadas por diferentes organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y personas expertas, que han sido recogidas en la demanda presentada por Sudáfrica contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia, el 29 de diciembre de 2023. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures*, 29 of December 2023, párrs. 61-70 (en adelante, *South Africa v. Israel, Provisional Measures*).

12 *Ídem*, párrs.71-75.

algunos camiones de ayuda, sus consecuencias han sido alarmantes por la insuficiencia de la ayuda humanitaria. A pesar de que la resolución 2720 del Consejo de Seguridad (CS) de las Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 2023<sup>13</sup>, exigió que las partes en el conflicto permitieran y facilitaran el uso de todas las rutas disponibles hacia y a través de toda la Franja de Gaza, incluidos los pasos fronterizos, y solicitó que el Coordinador estableciera rápidamente un mecanismo de las Naciones Unidas para acelerar el suministro de envíos de ayuda humanitaria, no abordó adecuadamente los cuatro elementos que su Secretario General considera que son necesarios para permitir una ayuda eficaz, capaz de asistir a los palestinos de Gaza: seguridad, personal, logística y reapertura de las actividades comerciales.

Esta situación ha conducido a los palestinos de Gaza a una situación de riesgo real por falta extrema de alimentos e inanición. El Programa Mundial de Alimentos (PMA) ha informado de que los palestinos de Gaza sólo disponen de 1,5 a 1,8 litros de agua limpia por persona y día, para todos los usos (bebida, lavado, preparación de alimentos, saneamiento e higiene), muy por debajo del umbral de emergencia, fijado en 15 litros diarios para contextos de guerra o hambruna; la falta de agua impacta de manera exacerbada sobre las madres y lactantes. Igual de preocupantes pueden ser las consecuencias de los planes israelíes de inundar los túneles de Gaza con agua de mar debido al riesgo de colapso de la infraestructura de agua y alcantarillado, de contaminación duradera del acuífero y del suelo de Gaza, lo que la dejaría sin agua potable, devastaría la poca agricultura posible y arruinaría las condiciones de vida de todos los habitantes de la Franja. Expertos en la materia predicen que pueden morir más palestinos de hambre y enfermedades que de ataques aéreos<sup>14</sup>.

Israel ha declarado una guerra sin cuartel contra el sistema sanitario de Gaza. El ejército israelí ha atacado y asediado hospitales y centros sanitarios, privándolos de la electricidad y el combustible necesarios para mantener su funcionamiento, impidiendo recibir suministros médicos, alimentos y agua, forzando su evacuación y cierre y destruyéndolos. Se han producido más de 238 ataques contra el sistema sanitario, en los que más de 61 hospitales y otras instalaciones sanitarias han resultado dañadas o destruidas. Los enfermos y los heridos no pueden ser atendidos por falta de personal y suministros –incluidos anestésicos, analgésicos, medicamentos y desinfectantes– lo que genera un enorme sufrimiento humano. Esta situación está teniendo un impacto especialmente grave sobre las mujeres embarazadas, recién nacidos y bebés. Se estima que más de 7.000 menores han muerto y 4.700 están desaparecidos; 5.500 palestinas embarazadas, que dan a luz cada mes en Gaza, lo hacen en condiciones inseguras; se están realizando histerectomías a mujeres jóvenes en un intento de salvar sus vidas; los nacimientos prematuros habrían aumentado entre un 25% y un 30% y un número cada vez mayor de bebés palestinos de Gaza mueren por causas totalmente evitables<sup>15</sup>.

Además de los ataques contra viviendas, barrios, hospitales, sistemas de abastecimiento de agua, infraestructuras eléctricas y de comunicación, tierras agrícolas, panaderías y molinos, Israel también ha atacado todo el sistema civil y cultural que sostiene la vida en Gaza. El

---

13 S/RES/2720 (2023), Resolución 2720 (2023) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 9520ª sesión, celebrada el 22 de diciembre de 2023.

14 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párrs. 61-70.

15 *Ídem*, párrs. 76-87.

nivel de destrucción de la infraestructura que alberga las instituciones estatales y gubernamentales, universidades, escuelas, patrimonio cultural y religioso histórico, mezquitas e iglesias es incalculable. Asimismo, las muertes han afectado a todos y cada uno de los estratos sociales: periodistas, profesores, intelectuales y figuras públicas, médicos y enfermeras, cineastas, escritores y cantantes, directores y decanos de universidades, jefes de hospitales, eminentes científicos, lingüistas, dramaturgos, novelistas, artistas y músicos. De este modo, Israel está destruyendo el tejido y la base de la vida palestina en Gaza<sup>16</sup>.

En el marco del contexto descrito, Sudáfrica presentó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el 29 de diciembre de 2023, una demanda en contra del Estado de Israel, sobre la base de los artículos 36(1) y 40 de su Estatuto (ECIJ) y del artículo IX de la Convención para la sanción y prevención del crimen de genocidio de 1948 (en adelante, Convención sobre Genocidio). La demanda contiene una solicitud de indicación de medidas provisionales, de conformidad con el artículo 41 del ECIJ y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la Corte, con el fin de proteger contra un daño mayor, grave e irreparable los derechos del pueblo palestino y garantizar el cumplimiento de las obligaciones que tienen Israel y Sudáfrica de no cometer genocidio, de prevenirlo y castigarlo en virtud de la Convención.

Sudáfrica solicitó que la CIJ adoptara nueve medidas provisionales, siendo la primera y más significativa que el Estado de Israel suspendiera inmediatamente sus operaciones militares en y en contra de Gaza<sup>17</sup>. A pesar de que la Corte ha ordenado que Israel adopte 6 medidas provisionales, ni ha ordenado ni se ha pronunciado sobre la suspensión de las operaciones militares.

Este trabajo tiene como objeto analizar la solicitud de medidas provisionales realizada por Sudáfrica, las alegaciones presentadas por las partes y la decisión de la CIJ para inferir las razones por las cuales la CIJ no ha entrado a considerar ni a pronunciarse sobre esta medida provisional, además de señalar qué posibilidades tiene Sudáfrica de solicitar de nuevo esta medida ante la aparición de nuevos hechos o circunstancias como ha sido la amenaza de la ofensiva terrestre sobre Rafah, en febrero de 2024.

## **I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS A LA SOLICITUD PRESENTADA ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE INDICACIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO SUDÁFRICA C. ISRAEL**

### **1. Naturaleza y alcance de la facultad de la Corte Internacional de Justicia para adoptar medidas provisionales**

El artículo 41 del ECIJ recoge la facultad de la Corte de indicar medidas provisionales, si considera que las circunstancias así lo exigen, para resguardar los derechos de cada una de las partes en una controversia y hasta cuando el Tribunal resuelva sobre el fondo del asunto en

---

<sup>16</sup> *Ídem*, párrs. 88-94.

<sup>17</sup> *Ídem*, E. Provisional Measures Requested, (1): “The State of Israel shall immediately suspend its military operations in and against Gaza”, párr. 144.

cuestión. Aunque la solicitud de medidas provisionales no ha sido un recurso de uso frecuente entre los Estados, sí se ha manifestado un interés creciente por él a principios del S. XXI<sup>18</sup>, en particular, en casos en los que el estricto estatocentrismo de las controversias comienza a dar paso a una serie de litigios más estratégicos relacionados con la protección internacional de los derechos de la persona en contextos y circunstancias particulares<sup>19</sup>.

La finalidad de las medidas provisionales ha sido declarada por la CIJ desde el caso *Anglo-Iranian OilCo*, en 1951, el primer asunto en el que se trató una petición en este sentido, y en el que la Corte ya indicó que el propósito de este recurso no era otro, sino que preservar los derechos respectivos de las partes en espera de su decisión sobre el fondo del asunto<sup>20</sup>. Como aclaró más adelante en el caso *relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías*, la protección provisional persigue que no se cause un perjuicio irreparable a los derechos que son objeto de litigio en un procedimiento judicial y aclara que, en ningún caso, la sentencia del Tribunal debe anticiparse por razón de cualquier iniciativa relativa a las medidas en cuestión<sup>21</sup>. La CIJ ha ido reconociendo, además, a lo largo de su jurisprudencia, cómo las medidas provisionales también contribuyen a otros fines, tales como no agravar las condiciones o las circunstancias de las disputas entre los Estados<sup>22</sup>, proporcionar un cierto equilibrio entre la solución bilateral de controversias entre Estados y las consecuencias sobre intereses de carácter colectivo<sup>23</sup> e incluso sentar las bases para las reparaciones finales<sup>24</sup>.

- 
- 18 KULICK, A., “Provisional Measures after Ukraine v Russia (2022)”, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 13, Issue 2, June 2022, pp. 323–340. DOI: 10.1093/jnlids/idac012 2.
- 19 SPARKS, T., SOMOS, M., “The humanisation of provisional measures? Plausibility and the interim protection of rights before de ICJ”, *MPIL Research Paper Series*, n°. 2021-20.
- 20 *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Order of July 5th (ICJ. Reports, 1951) pp. 89-93.
- 21 *Fisheries Jurisdiction (Germany v. Iceland)*, *Interim Protection*, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972 p. 30, p. 34, párr. 22.
- 22 RIETER, E. R., *Preventing Irreparable Harm Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, Antwerp, Portland: Intersentia, 2020, p.16.
- 23 RAMSDEN, M., “Strategic Litigation in Wartime: Judging the Russian Invasion of Ukraine through the Genocide Convention” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 56, no. 1: 2023, pp. 181-210, p. 195. Disponible en: <https://www.transnat.org/post/strategic-litigation-in-wartime>. La CIJ observó que “(...) ... all states must act in conformity with their obligations under the United Nations Charter and other rules of international law, including international humanitarian law” en ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022, p. 211 (en adelante, *Ukraine V. Russian Federation Provisional Measures*, Order of 16 March 2022), p. 5.
- 24 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Order, 1 of July 2000, I.C.J. Reports 2000, p. 111; La CIJ concedió la restitución, por ejemplo, en el caso de la toma de rehenes en la embajada de Estados Unidos en Teherán en el que se observó que Irán debía garantizar que el local de la embajada tenía que volver a estar en posesión de Estados Unidos, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *Provisional Measures*, Order, 15 of December 1979, I.C.J. Reports 1979, p. 7. Provisional Measure 1. A. (i): “The Government of the Islamic Republic of Iran should immediately ensure that the premises of the United States Embassy, Chancery and Consulates be restored to the possession of the United States authorities under their exclusive control and should ensure their inviolability and effective protection as provided for by the treaties in force between the two States, and by general international law”.



Respecto de los criterios que la Corte debe tomar en consideración para la indicación de las medidas provisionales, puesto que el artículo 41 es muy breve en sus términos, ha sido su práctica la que ha ido elaborando y consolidado al menos los siguientes: (1) que la Corte tenga jurisdicción *prima facie*; (2) que el derecho sea “plausible”; (3) que exista un riesgo de un perjuicio irreparable sobre los derechos; y (4) que haya urgencia, en el sentido de que este perjuicio podría materializarse antes de la resolución definitiva del litigio<sup>25</sup>. En este punto, hay que subrayar que uno de los ámbitos en los que la CIJ se ha mostrado más activa en los últimos años ha sido en el desarrollo del requisito nada pacífico de la “plausibilidad”, incorporado por primera vez al acervo jurisprudencial de la Corte en el caso *Bélgica contra Senegal*<sup>26</sup>, y que ha experimentado una significativa evolución en sus últimas decisiones, en particular, a partir del caso *Ucrania c. Rusia* sobre la aplicación de la Convención para la Supresión de la Financiación del Terrorismo y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>27</sup>. Si hasta este momento el criterio procesal de la plausibilidad, central en la fase de medidas provisionales, carecía de estándares claramente establecidos y podría definirse más bien por su vaguedad, en este asunto, la Corte dio un paso importante al abordar el estándar de plausibilidad a través del análisis o evaluación de los cuatro elementos que podría requerir un análisis provisional del fondo: la existencia de los derechos reivindicados, la pertenencia de los derechos al demandante o que los derechos en cuestión fueran aplicables en las circunstancias del caso, su violación por el demandado y la disponibilidad de cualquier defensa o reclamación alternativa. Este cambio en la práctica de la Corte se tradujo en que no solo analizara la plausibilidad de los derechos, sino que también examinara la plausibilidad de las reclamaciones, yendo más allá de los parámetros que había establecido anteriormente<sup>28</sup>.

Todo el esfuerzo que ha realizado la CIJ para proveerse de criterios que legitimen sus decisiones tiene una íntima conexión con la naturaleza jurídicamente vinculante y obligatoria de las medidas provisionales y con el hecho de que su incumplimiento entrañaría la responsabilidad del Estado, cuestión que fue declarada por la Corte en el caso *LaGrand*<sup>29</sup>. De acuerdo con la opinión del juez Abraham en el caso *Pulp Mills*, para la Corte surgiría una responsabilidad adicional de garantizar la legitimidad de las medidas ordenadas en virtud del artículo 41<sup>30</sup>.

25 MILES, C., “Provisional Measures and The ‘New’ Plausibility in The Jurisprudence of The International Court of Justice”, *The British Yearbook of International Law*, 2018. Published by Oxford University Press. Disponible en: [www.bybil.oxfordjournals.org](http://www.bybil.oxfordjournals.org) doi:10.1093/bybil/bry01, p. 2.

26 *Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*, Provisional Measures, 2009, I.C.J. Reports 139, p. 151.

27 *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, p. 104.

28 MILES, C., “Provisional Measures and The ‘New’ Plausibility (...)”, *op. cit.* p. 32 y ss.

29 *LaGrand (Germany v. USA)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999. Sobre esta cuestión puede verse ABAD CASTELOS, M., “Efectos jurídicos de las medidas provisionales adoptadas por el tribunal internacional de justicia: El antes y el después del asunto *LaGrand* (Sentencia de 27 de junio de 2001)” *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2002, 6, pp. 53-74.

30 *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, Provisional Measures, 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p.113), pp 139-140.

Para concluir con esta introducción de carácter general, nos referiremos a algunas de las limitaciones más significativas que afectan a las medidas provisionales, sobre las que la Corte se ha pronunciado en algunas de sus resoluciones<sup>31</sup>. La primera limitación se refiere a su alcance cautelar<sup>32</sup>; la segunda al efecto relativo de las medidas provisionales para las partes en litigio<sup>33</sup>; y, la tercera, de enorme calado en términos de eficacia, al limitado poder de la CIJ para hacer cumplir las medidas provisionales obligatorias y el papel que pueda cumplir el Consejo de Seguridad (CS) de las Naciones Unidas en este sentido<sup>34</sup>.

## 2. El enfoque general de CIJ en las medidas provisionales en casos de genocidio

La primera vez que la CIJ abordó la cuestión del crimen de genocidio fue en su opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 28 de mayo de 1951, en la que declaró que los principios en los que se basaba el tratado serían reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados y que su finalidad era puramente humanitaria y civilizadora, razones por las que el objeto y fin de la Convención limitaban tanto la libertad de formular reservas como la de oponerse a ellas<sup>35</sup>.

Posteriormente, en el caso *Barcelona Traction*, la CIJ se refirió al respeto de las normas que prohíben el genocidio como una obligación *erga omnes*, en el sentido de obligaciones que los Estados deben a la comunidad internacional en su conjunto<sup>36</sup>.

Empero estos dos antecedentes, hasta la década de 1990, no se presentaron casos ante la CIJ relacionados con la aplicación y la interpretación de la Convención sobre Genocidio. Respecto de este periodo, hay que destacar la proliferación de tribunales penales internacionales *ad hoc* que, si bien tenían una competencia material y temporal muy limitada, además de estar enfocados al enjuiciamiento de las personas involucradas en la comisión de crímenes internacionales, hicieron una contribución incalculable a la definición del crimen de genocidio, en particular, al requisito de la intención específica y al umbral requerido para su calificación<sup>37</sup>.

31 UCHKUNOVA, I., “Provisional Measures before the International Court of Justice” *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 1 January 2013.

32 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 325. Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 356.

33 *Ídem*, párr. 40

34 En todo caso, habría que interpretar la posible aplicación del artículo 94 de la Carta de la Naciones Unidas (CONU), que se refiere a las sentencias de la CIJ y no a las medidas provisionales, al menos en aquellos casos en los que ponga en peligro la paz y la seguridad internacional. LANDO, M., “Compliance with Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, 8, pp. 22–55. DOI: 10.1093/jnlids/idv029.

35 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951, I.C.J. Reports 1951, pp. 25-26.

36 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* Second Phase, Judgement, 5 February 1970, I.C.J. Reports 1970, p. 32, párr. 33.

37 ABASS, A., “Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur”, *Fordham International Law Journal*, 2007, 31(4), pp. 871-910.

Desde entonces, La CIJ se ha enfrentado a varios casos de solicitud de medidas provisionales en relación con la violación de la Convención sobre Genocidio y todos ellos presentan importantes diferencias.

El primero de estos casos fue el caso *Bosnia-Herzegovina c. Serbia Montenegro*, cuando la República de Bosnia solicitó, en el año 1993, medidas provisionales contra la República Federal de Yugoslavia para prevenir la comisión del delito de genocidio y asegurar que cualesquiera de las organizaciones y personas que pudieran estar bajo su influencia no cometieran ningún acto de genocidio sobre la población no serbia<sup>38</sup>. La decisión sobre este caso no ha estado exenta de polémica, ya que si bien la CIJ contribuyó a afirmar que las obligaciones que tiene cada Estado de prevenir y sancionar el genocidio no se hallan territorialmente limitadas por la Convención –en clara referencia a Serbia– y que habría que exigir responsabilidad internacional a un Estado no solamente en el caso de que hubiera cometido actos de genocidio, sino también si hubiera faltado de una forma pasiva a sus obligaciones de prevención y sanción<sup>39</sup>, en su decisión sobre el fondo eximió a Serbia de responsabilidad sobre el genocidio conforme al Derecho internacional<sup>40</sup>, practicando la Corte un enfoque estricto en la interpretación del crimen<sup>41</sup>.

El segundo de los casos en el que la CIJ tuvo la oportunidad de interpretar la Convención sobre Genocidio, en el contexto de las medidas provisionales, fue en el caso relativo a la legalidad del uso de fuerza de la OTAN<sup>42</sup>. En este caso concluyó, refiriéndose a la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares<sup>43</sup>, que la amenaza o uso de la fuerza contra un Estado no podían constituir por sí mismos un acto de genocidio, en el sentido del artículo 2 de la Convención, ya que, al menos en esta fase del procedimiento, no parecía que los bombardeos de la OTAN entrañaran en elemento de la intención de la destrucción total o parcial de un grupo como tal<sup>44</sup>. En este caso, la CIJ adoptó un enfoque muy formalista

---

38 *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro) Provisional Measures*, Order of 8 April 1993. Provisional Measure 1. “That Yugoslavia (Serbia and Montenegro), together with its agents and surrogates in Bosnia and elsewhere, must immediately cease and desist from all acts of genocide and genocidal acts against the People and State of Bosnia and Herzegovina, including but not limited to murder (...)”.

39 GIL GANDIA, C., “El despertar del individuo en la Corte Internacional de Justicia”, en TORRECUALDRADO GARCÍA-LOZANO, S., (dir.) *Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia. Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia y las sinergias entre la Corte y otros órganos judiciales*, Wolter Kluwer, 2021, pp. 279-302, p. 293.

40 La CIJ también concluyó que la matanza de musulmanes en Srebrenica, por parte del Estado Mayor del Ejército de la República Serbia de Bosnia, si tenía cabida dentro del ámbito material del artículo II de la Convención, aunque los actos no pueden atribuirse a Serbia. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, (I.C.J. Reports 2007 (I)).

41 GIL GANDIA, C., “El despertar del individuo en la Corte Internacional de Justicia” *op. cit.*

42 *Legality of Use of Force (Yugoslavia V. Spain) Request for the Indication of Provisional Measures*, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999, p. 761.

43 *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 226, p. 240, párr. 26.

44 *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999, p.124: “[t]he threat or use of force against a State cannot in itself constitute an act of genocide

y perdió la oportunidad de haber indicado medidas provisionales basadas en la urgencia de no agravar la situación, separándose de su opinión anterior a la luz del caso *LaGrand*<sup>45</sup>.

El tercero de los casos es el de *Gambia c. Myanmar*, que puede considerarse el primer caso estratégico presentado ante la CIJ por un tercer Estado no directamente afectado por la posible violación de la Convención, pero sí Estado parte en la misma, y que fundamenta su *ius standi* sobre la base de su obligación de prevenir el crimen y de su derecho de hacer cumplir con las obligaciones dimanantes del tratado. Sobre este asunto cabe destacar que la Corte pusiera a prueba los tres criterios necesarios para indicar una decisión sobre medidas provisionales: la jurisdicción *prima facie*, la plausibilidad y el riesgo de pérdida irreparable y la urgencia. Además, la CIJ aplicó un enfoque más flexible sobre el estándar de prueba respecto de la intención genocida al señalar que, en la fase de medidas provisionales, no era imperativo discutir sobre la misma, ya que se trataba de una cuestión reservada exclusivamente al fondo<sup>46</sup>, aceptando así el argumento de Gambia en este sentido que afirmaba que la intención genocida podía deducirse del patrón de conducta contra los rohingya en Myanmar y que ello era suficiente para declarar los derechos plausibles<sup>47</sup>. La CIJ ha adoptado importantes medidas provisionales en este caso para la protección de los derechos objeto de la controversia, a saber, los derechos de los *rohingya* de sufrir actos de genocidio.

El cuarto y último caso, justamente anterior a la solicitud de medidas provisionales en el asunto *Sudáfrica c. Israel*, es el de *Ucrania c. Rusia*. En este caso la CIJ no debía decidir sobre los contornos de la comisión del genocidio, sino si la invasión de Rusia del territorio de Ucrania estaba justificada para la prevención de un supuesto genocidio en ciernes a manos de Ucrania cometido en contra de la población de las provincias separatistas del Dombás. La Corte, aunque no respondió abiertamente a esta pregunta, sí señaló que la obligación de prevenir el Genocidio debía estar dentro de los límites del Derecho internacional, para lo que indicó medidas provisionales, incluida la suspensión de las operaciones militares por parte de Rusia<sup>48</sup>.

En síntesis, podría decirse que son muy pocos los casos en los que la CIJ ha tenido que enfrentarse a la solicitud de medidas provisionales en casos relacionados con la Convención sobre Genocidio, así como que su aproximación al tema ha sido oscilante, a pesar de que es indiscutible el valor de sus aportaciones dentro del formalismo jurídico-procesal de las demandas ante la Corte. Aun así, no queremos dejar pasar esta ocasión para advertir sobre algunos vacíos

---

within the meaning of Article II of the Genocide Convention; and... in the opinion of the Court, it does not appear at the present stage of the proceedings that the bombings which form the subject of the Yugoslav Application indeed entail the element of intent, towards a group as such, required by [Article II]”, párr. 40.

45 ALEXANDER, A., “International Court of Justice and Provisional Measures Under the Genocide Convention: Curious Case of Ukraine V. Russian Federation”, *The Age of Human Rights Journal*, 21, December 2023. DOI: 10.17561/tahrj.v21.7781, p. 15.

46 *Application Instituting Proceedings of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 3, p. 23, párr. 56.

47 *Ídem*, p. 8, párr. 46.

48 *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I) (en adelante, *Ukraine v. Russian Federation* 2022).

que se han hecho sentir en el marco de las contribuciones de la Corte respecto del esclarecimiento de algunos elementos del crimen de genocidio. Nos referimos, por un lado, a la necesidad de arrojar luz sobre la propia naturaleza de la estructura del crimen y, por otro lado, al umbral de la prueba en la fase de medidas provisionales, cuestión que se vuelve especialmente importante teniendo en cuenta el “nuevo criterio de plausibilidad” que parece haber adoptado la CIJ a partir del caso *Ucrania c. Rusia* relativo a la aplicación de la Convención para la Supresión de la Financiación del Terrorismo y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, referido anteriormente.

De una parte, la estructura del crimen de genocidio plantea todo un problema, ya que carece de un elemento “contextual” explícito, que Lemkin sí tuvo en cuenta a la hora de definirlo décadas atrás: “[g]enocide is intended to signify a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves”<sup>49</sup>. Kress, en esta línea, ha señalado cómo otros tribunales se han ocupado de este elemento contextual, por ejemplo, el Tribunal de Distrito de Jerusalén, que investigó la campaña genocida general dirigida por los dirigentes nazis; las Salas del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), que se ocuparon de la cuestión de si hubo o no un genocidio “a escala nacional” en Ruanda en 1994; así como la Sala de Primera Instancia competente del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) sobre la acusación de la comisión de genocidio en Bosnia que consideró necesario hacer una determinación relativa a la “empresa criminal” general<sup>50</sup>. El hecho de reconocer que el genocidio necesita un contexto como punto de referencia implícito, nos lleva a la distinción trascendental entre la intención genocida colectiva e individual, que tan bien expresó la Sala de Primera Instancia en *Krstic*<sup>51</sup>. La CIJ no ha arrojado luz de una manera nítida sobre la mayor significación de la intención colectiva ni cómo sobre ésta puede o debe inferirse de los hechos y de las circunstancias imperativas, y esto en relación con la relevancia que parece que ha tenido en la práctica la prueba de la intención de los autores individuales<sup>52</sup>. De otra parte, una interpretación clara de la CIJ sobre esta cuestión contribuiría a fijar un estándar de prueba sobre la intención del genocidio en la fase de medidas provisionales, en particular, que pudiera inferirse de un contexto, patrón de conducta o conjunto de acciones planificadas, lo que podría dar lugar a que algunos

---

49 LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe*, 1944, p. 79.

50 Esta es la opinión de KRESS C., “The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide”, *The European Journal of International Law* Vol. 18 n°. 4, EJIL 2007.

51 *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33-T, judgment, 2 Aug. 2001, párr. 549. “(...) the Chamber emphasises the need to distinguish between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and commission of the crime. The gravity and scale of the crime of genocide ordinarily presume that several protagonists were involved in its preparation. Although the motive of each participant may differ, the objective of the enterprise remains the same. In such cases of joint participation, the intent to destroy, in whole or in part, a group as such must be discernible in the act itself, apart from the intent of particular perpetrators (...).”

52 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, 26 February 2007, I.C.J. Reports 2007, p. 43. Esta sentencia le brindó a la CIJ una oportunidad perfecta para aclarar el estatus relativo a la intención colectiva detrás de los actos materiales del genocidio y de la motivación de los autores individuales. Sin embargo, la Corte solo reconoció la posibilidad de una intención genocida colectiva en teoría y no arrojó luz sobre el peso de dicha intención sobre la de los autores individuales. Esta es la opinión de KRESS C., “The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide” *op. cit.*, pp. 622-623.

de los derechos reclamados y para los que solicita protección fueran considerados plausibles. Definitivamente, cualquier avance de la Corte en esta línea sería beneficioso para casos como el de *Sudáfrica c. Israel*, objeto de este trabajo.

### 3. La solicitud de medidas provisionales en el caso de Sudáfrica contra Israel

La idea del desarrollo de un contexto genocida, entendido como un plan coordinado que se lleva a cabo por medio de diferentes acciones, que tiene como propósito la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida para el grupo de los palestinos de Gaza, ha llevado a Sudáfrica a solicitar a la CIJ la indicación de medidas provisionales en el caso contra Israel en relación con la aplicación de la Convención sobre Genocidio.

Sudáfrica ha solicitado 9 medidas provisionales, tomando claramente como referencia las medidas solicitadas en el caso *Gambia c. Myanmar*, dentro de las que las 6 primeras se encuentran dirigidas a la protección de los derechos objeto del asunto y las 3 últimas para la garantía del proceso.

A modo de resumen, las medidas provisionales solicitadas para la protección del grupo de los palestinos y dirigidas hacia el Estado de Israel consistirían en: (1) suspender todas las operaciones militares; (2) asegurar que las fuerzas armadas, otros grupos irregulares, organizaciones o personas bajo su control, dirección o influencia, no adopten ninguna medida que contribuya a las operaciones militares mencionadas; (3) prevenir el genocidio de acuerdo con sus obligaciones en la Convención sobre Genocidio; (4) desistir de la comisión de todos y cada uno de los actos contemplados en el artículo II de la Convención sobre Genocidio; (5) desistir y adoptar todas las medidas pertinentes para impedir infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física total o parcial; (6) evitar la incitación directa y pública a la comisión de genocidio, conspiración, tentativa o complicidad en genocidio y proceder a su castigo; (7) adoptar medidas eficaces para impedir la destrucción y garantizar la conservación de las pruebas; (8) presentar un informe a la Corte sobre todas las medidas adoptadas; (9) abstenerse de toda acción y velar por que no se emprenda ninguna acción que pueda agravar o extender el litigio ante el Tribunal o dificultar su resolución<sup>53</sup>.

## III. LAS CONDICIONES SOBRE LA PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES: LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES Y LA DECISIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

### 1. El *ius standi* de Sudáfrica

Sudáfrica ha presentado ante la Corte una demanda contra el Estado de Israel alegando que tiene legitimación para hacerlo ya que, como Estado parte de la Convención sobre Genocidio, tiene la obligación de prevenirlo, aunque no sea un Estado directamente afectado por los

---

53 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, párr. 144.

hechos y las circunstancias del caso. Sudáfrica, por lo tanto, argumentando que tiene *prima facie ius standi* ante la CIJ ha invocado la responsabilidad internacional de Israel con el fin de determinar el supuesto incumplimiento de sus obligaciones en relación con la prevención y la sanción y del crimen de genocidio y ponerle fin<sup>54</sup>.

Israel no ha impugnado la legitimación activa de Sudáfrica en sus alegaciones orales y la Corte ha querido recordar que en la decisión precedente en el asunto *Gambia c. Myanmar*, en el que también se invocó el artículo IX de la Convención, ya observó que todos los Estados parte en el tratado tenían un interés común en el cumplimiento de las obligaciones dimanantes, por tanto, cualquiera de ellos, sin distinción, tenía derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado parte por un supuesto incumplimiento, incluso mediante la incoación de un procedimiento ante la Corte que tuviera como fin determinar la violación de las obligaciones *erga omnes partes* y poner fin a dicho incumplimiento<sup>55</sup>.

La Corte, considerando que esta cuestión de la legitimación se encuentra jurisprudencialmente resuelta, ha concluido en su decisión sobre medidas provisionales que Sudáfrica está legitimada *prima facie* para someter el litigio contra Israel relativo a las supuestas violaciones de las obligaciones derivadas de la Convención sobre Genocidio<sup>56</sup>.

## **2. La competencia *prima facie* de la Corte Internacional de Justicia**

### **A) LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA**

Sudáfrica ha fundamentado la competencia de la CIJ en el artículo 36 (1) del ECIJ y en el artículo IX de la Convención sobre Genocidio. Si bien el artículo 36 indica que, con carácter general, la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes, el artículo IX de la Convención exige la existencia de una controversia entre las partes relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento del tratado<sup>57</sup>.

La jurisprudencia de la CIJ ha afirmado que una controversia entre partes se refiere a “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses de las partes”<sup>58</sup> y que “tal desacuerdo u oposición positiva de una parte

54 *Ídem*, párrs. 3 y 6.

55 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. Reports 2022 (II), p. 502, (en adelante, *The Gambia v. Myanmar Judgment*) pp. 516-517, párrs. 107-108 y 112.

56 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, párr. 34.

57 El artículo IX de la Convención sobre Genocidio establece que: “Las controversias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento del presente Convenio, incluidas las relativas a la responsabilidad de un Estado por genocidio o por cualquiera de los demás actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de cualquiera de las partes en la controversia.”

58 En el caso de las *Islas Marshall c. Reino Unido relativo a las obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear*, la Corte recordó que los artículos 36 (2) y 38 del Estatuto indican la existencia de una controversia entre las partes como condición

a la pretensión de la otra no debe necesariamente manifestarse *expressis verbis* (...) la posición o la actitud de una parte puede establecerse por inferencia (...)”<sup>59</sup>.

A este respecto, Sudáfrica ha argumentado en su demanda que, efectivamente, existía una controversia entre las partes relativa a la interpretación y aplicación de la Convención sobre Genocidio, que podía inferirse de las manifestaciones públicas que venía realizando en diferentes contextos y foros, desde el 30 de octubre de 2023, expresando su preocupación por las consecuencias de las acciones y omisiones de Israel y porque ellas pudieran constituir un genocidio. Solo por nombrar alguna de ellas, Sudáfrica, en el momento de presentar la demanda, ya había acusado a Israel ante varios de los órganos principales de la Naciones Unidas como son el Consejo de Seguridad (CS) y la Asamblea General (AG), así como en otros foros públicos multilaterales, de participar en actos genocidas. Sudáfrica había llevado a cabo una gestión diplomática ante Israel advirtiéndole de que consideraba su conducta como genocida y, de manera simultánea, había pedido a la Corte Penal Internacional (CPI) que investigara enérgicamente los delitos tipificados en la Convención cometidos por Israel en la Franja de Gaza, acusando a Israel, entre otras cosas, de atacar deliberadamente a civiles, provocar intencionadamente el hambre y obstaculizar el socorro<sup>60</sup>. En opinión de Sudáfrica, la controversia entre las partes había cristalizado como una cuestión de derecho el 6 de diciembre de 2023, fecha en la que Israel confirmó, a través de un documento ministerial de carácter público, la negación oficial e inequívoca de que estuviera cometiendo un genocidio en Gaza<sup>61</sup>.

En sus alegaciones orales, Sudáfrica indicó que esta cuestión relativa a la cristalización de una controversia entre partes ha sido abordada por la CIJ en casos precedentes y que, aunque haya adoptado generalmente un enfoque flexible en esta materia, ha establecido una serie de criterios para determinar efectivamente la existencia de una controversia: debe demostrarse que la pretensión de una parte cuenta con la oposición positiva de la otra; la fecha para determinar la existencia del litigio es la fecha de la solicitud, pero pueden tenerse en cuenta conductas pos-

---

para poder ejercer su competencia y señaló la definición que destiló la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina según la cual una controversia es “un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, un conflicto de puntos de vista legales o de intereses entre partes”. En esta misma línea se pronunció en *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 3, en p. 13, párr. 27, citando el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. Reports 1998: “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties”.

59 *Ídem*, citando *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 315) párr. 89.

60 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párrs.13-17; *South Africa v. Israel, Provisional Measures Public sitting held on Thursday 11 January 2024*, párr. 12.

61 Israel, Ministry of Foreign Affairs, Hamas-Israel Conflict 2023: Frequently asked Questions: “The accusation of genocide in these circumstances is not just legally and factually incoherent, it is obscene”, actualizado el 8 de diciembre, pp. 13-5. “ Disponible en: <https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/swords-of-iron-faq-6-dec-2023/en/>. English\_Documents\_Israel-Hamas-Conflict-2023-FAQs-Israel-MFA-8-12-23.pdf., en *South Africa v. Israel, Provisional Measures, Public sitting held on Thursday 11 January 2024*, párr. 9.



teriores; y, por último, la existencia del litigio debe fijarse mediante una apreciación objetiva de los hechos<sup>62</sup>.

La negación de la existencia de una controversia por parte del Estado de Israel en sus alegaciones orales giró en torno a dos argumentos. El primero estuvo centrado en rebatir que de las manifestaciones unilaterales realizadas por Sudáfrica en diferentes foros multilaterales y judiciales pudiera inferirse la existencia de una controversia ya que, haciendo igualmente uso de la jurisprudencia de la CIJ, alegaba que sería necesario para ello la presencia objetiva de algún elemento de compromiso, intercambio e interacción<sup>63</sup>. Israel ha querido fijar su postura con respecto a esta cuestión definiendo las circunstancias relativas al establecimiento del posible desacuerdo entre las partes utilizando el término “*undispute*”<sup>64</sup>. El segundo argumento giró en torno a la descalificación de una posible negociación diplomática mediante el intercambio de las notas verbales, a la que acusa de estratégica, tardía y de no haber propiciado una oportunidad razonable de responder antes de recurrir al litigio, sobre todo en un asunto de tal gravedad como una acusación de genocidio y, en particular, ante un tribunal de la categoría de la CIJ<sup>65</sup>.

Por todo ello, Israel ha considerado que las afirmaciones unilaterales de Sudáfrica en ausencia de cualquier interacción bilateral entre los dos Estados, antes de la presentación de la demanda, no bastan para establecer la existencia de una controversia de conformidad con el artículo IX de la Convención sobre Genocidio.

La Corte Internacional de Justicia ha omitido en su decisión cualquier valoración sobre el intercambio diplomático bilateral y sí ha apreciado las declaraciones públicas realizadas por Sudáfrica en diversos contextos multilaterales en los que expresó su opinión de que a la luz de la naturaleza, el alcance y la extensión de las operaciones militares de Israel en Gaza, las acciones de Israel equivaldrían a violaciones de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre Genocidio; además, la CIJ ha señalado que Israel rechazó expresamente cualquier acusación de genocidio en el contexto del conflicto en Gaza en el documento publicado por el Ministerio de Asuntos Exteriores israelí, el 6 de diciembre de 2023, que posteriormente fue actualizado y reproducido en el sitio web de las Fuerzas de Defensa de Israel, el 15 de diciembre de 2023 con el título “*The War Against Hamas: Answering Your Most Pressing Questions*”<sup>66</sup>.

---

62 *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections*, Judgment I.C.J. Reports 1962, p. 328; *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (II) pp. 849-850, párr. 39; en *South Africa v. Israel, Provisional Measures, Public sitting held on Thursday 11 January 2024*, párr. 14.

63 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting 12th January 2024 (verbatim record), Prima Facie Jurisdiction, p. 25, párr. 12. Véase también *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 328; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections*, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 85, párr. 31; *Marshall Islands v. United Kingdom, Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I), p. 851, párr. 43.

64 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting (verbatim record), Prima Facie Jurisdiction, p. 26, párr. 19.

65 *Ídem*, párr. 26.

66 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, párrs. 26 y 27.

A la luz de lo anterior, el Tribunal han concluido que los elementos mencionados han sido suficientes en esta fase para establecer *prima facie* la existencia de una controversia entre las Partes relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención sobre Genocidio<sup>67</sup>.

## B) LOS HECHOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS IMPERANTES QUE EXIGEN LA INDICACIÓN DE LAS MEDIDAS EN RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO

La Corte Internacional de Justicia, una vez determinada la existencia de una controversia entre las partes, para conocer si estaba facultada para indicar medidas provisionales, pasó a establecer, en esta fase del procedimiento, si parecía posible que los actos y omisiones denunciados por el demandante pudieran estar comprendidos en el ámbito de aplicación material de la Convención sobre Genocidio<sup>68</sup> y, para ello, basta con que al menos algunos de los actos denunciados puedan estarlo<sup>69</sup>. Esta cuestión es relevante porque la CIJ, en esta fase, no entra a conocer sobre el fondo del asunto, no resuelve si Israel está o no está incumpliendo sus obligaciones en relación con la Convención, solo decide si los hechos y las circunstancias revelan la necesidad de tomar medidas para proteger los derechos en cuestión de sufrir un riesgo irreparable hasta que la Corte tome una decisión definitiva sobre el caso<sup>70</sup>.

Sudáfrica ha realizado en su demanda una minuciosa e informada descripción de todos aquellos actos y omisiones llevados a cabo por el Estado de Israel, sus más altos representantes, así como sus fuerzas armadas, en el marco del ataque contra Gaza y ha intentado demostrar la inferencia de una intención genocida, necesaria para alcanzar el umbral de la calificación del crimen. De acuerdo con la opinión del demandante, son actos de naturaleza genocida, que tienen cabida en el ámbito material del artículo II de la Convención sobre Genocidio, los siguientes: matar a más de 30.000 palestinos de Gaza; causar graves daños mentales y corporales; la evacuación forzosa y el desplazamiento de alrededor del 85% de los palestinos de Gaza; causar hambre, deshidratación e inanición generalizadas; no proporcionar y restringir la provisión de refugio, ropa, higiene o saneamiento adecuados; no atender o garantizar la atención de las necesidades médicas de los palestinos en Gaza; destruir la vida en Gaza; imponer medidas para evitar en el nacimiento de niños en Gaza. De la misma manera, las acciones y omisiones de Israel descritas constituirían una violación de la obligación de prevenir y sancionar el genocidio contenida en el artículo I de la Convención<sup>71</sup>. Asimismo, señala que Israel tampoco habría castigado el genocidio, la conspiración, la incitación directa y pública al genocidio, la tentativa

---

67 *Ídem*, párr. 28.

68 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), p. 219, párr.29.

69 *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, p. 14, párr. 30..

70 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), p. 222, párr. 43.

71 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, The Facts, párrs. 18-107.

ni la complicidad para cometer el crimen, en contra de lo dispuesto en los artículos III y IV de la Convención sobre Genocidio.

La narrativa de Sudáfrica sobre los acontecimientos que han sucedido en la Franja en los últimos meses contribuye a dibujar los contornos de un contexto que podría determinar la naturaleza genocida de las acciones y de las omisiones que son atribuibles al Estado de Israel<sup>72</sup>.

De una parte, Sudáfrica ha encuadrado los hechos ocurridos a partir del 7 de octubre de 2023 en la ocupación de más de 7 décadas de los Territorios Palestinos, que incluyen Cisjordania y la Franja de Gaza. A pesar de que en el año 2005 Israel se “desenganchara” unilateralmente de Gaza, dismantelara sus bases militares y reubicara a los colonos israelíes, ha continuado ejerciendo un control efectivo sobre el espacio aéreo, terrestre, marítimo, pasos terrestres, así como sobre el suministro de agua, combustible, electricidad y alimentos, esfera electromagnética e infraestructura civil, y sobre algunas funciones gubernamentales clave<sup>73</sup>. Por esta razón, la comunidad internacional entiende que Gaza se encuentra bajo ocupación beligerante por parte de Israel<sup>74</sup>.

Este contexto de ocupación y asedio ha dejado a la población de Gaza en una situación de enorme fragilidad y vulnerabilidad, a lo que hay que sumar las secuelas de las dos escaladas anteriores al conflicto actual, la operación Plomo Fundido de 2009 y Margen Protector de 2014, en las que se produjeron, de acuerdo con los informes de expertos independientes y órganos de las Naciones Unidas, graves violaciones de las normas del Derecho internacional humanitario (DIH)<sup>75</sup>.

---

72 La autora indica que el artículo se ha elaborado sobre la base de los informes, los datos y las opiniones expresadas por diferentes organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y personas expertas que han sido recogidas en la demanda presentada por Sudáfrica contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia, el 29 de diciembre de 2023. La continuidad del conflicto desde la fecha de la elaboración de este artículo –febrero de 2024– hasta su redacción final –mayo de 2024– ha provocado cambios en los datos recogidos en la demanda.

73 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, The Facts*, párrs. 18-39.

74 Security Council Resolution 1860, S/RES/1860 (2009) (8 January 2009) “(...) the Gaza Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967 and will be a part of the Palestinian state”. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/645525?ln=en#record-files-collapse-header>. General Assembly Resolution 77/30, Assistance to the Palestinian People, A/RES/77/30 (6 December 2022). Disponible en: <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/729/08/PDF/N2272908.pdf?OpenElement>. Human Rights Council, “Human rights situation in Palestine and the other occupied Arab territories. Report of the detailed findings of the independent international Commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian Territory” A/HRC/40/CRP.2 (18 March 2019). Disponible en: [https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2019/06/A.HRC\\_40.CRP\\_2.pdf](https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2019/06/A.HRC_40.CRP_2.pdf). Security Council resolution 272 (2023), ha señalado que: “the Gaza Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967” y ha reiterado que “the vision of the two-State solution, with the Gaza Strip as part of the Palestinian State”. Disponible en: <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/424/87/PDF/N2342487.pdf?OpenElement>.

75 Human Rights Council, “Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories. Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict”, A/HRC/12/48 (25 September 2009). Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/12/48>; Human Rights Council, “Report of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1”, A/HRC/29/52 (24 June 2015). Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/29/52>; UN Economic and Social Council Commission on Human Rights, “Report of the human rights inquiry commission established pursuant to Commission reso-

De otra parte, la presentación de los hechos que ha realizado Sudáfrica en la demanda permitiría inferir que el ataque armado a gran escala de Israel contra la Franja de Gaza, en el marco del último conflicto, ha creado un contexto que *de facto* permitiría inferir la naturaleza genocida de los actos descritos ya que, considerados todos y cada uno de ellos en conjunto y no solo individualmente, producirían necesariamente circunstancias calculadas para provocar la destrucción física de los palestinos de Gaza. Dicho de otra forma, el ataque armado sería instrumental a la destrucción de una parte sustancial de los palestinos de Gaza<sup>76</sup>, que son un parte importante del pueblo palestino<sup>77</sup>.

Asimismo, Sudáfrica ha concentrado parte importante de sus esfuerzos en probar que la intención de Israel de destruir total o parcialmente al pueblo palestino como grupo responde a una política del Estado. En la demanda ha presentado pruebas que entiende son significativas y manifiestas de la intención genocida de los más altos representantes del Estado israelí, directamente trasladada a sus fuerzas armadas que operan en terreno. En particular, caben destacar las declaraciones y manifestaciones de retórica genocida hechas públicas por el Primer Ministro Israelí, Benjamín Netanyahu y por el Presidente de Israel, Isaac Herzog, pasando por los ministros de Defensa, Seguridad Nacional, Energía e Infraestructura, Finanzas, Patrimonio, Agricultura, el coordinador del Ejército israelí de las actividades gubernamentales en los Territorios, el General de División del Ejército israelí y asesor del Ministro de Defensa, hasta llegar a los comandantes, soldados, reservistas y, por supuesto, a la sociedad civil<sup>78</sup>. Todas estas declaraciones y mensajes constituyen, de acuerdo con la opinión de Sudáfrica, una clara incitación directa y pública al genocidio, que las autoridades israelíes no han controlado ni castigado<sup>79</sup>.

Por consiguiente, todas las acciones y omisiones perpetradas por Israel en y durante las operaciones militares, tomadas en consideración individual y colectivamente, formarían un patrón calculado de conducta del que podría inferirse la comisión, o al menos un riesgo grave e inminente, de cometerse un genocidio contra la población palestina de Gaza. Analizados desde esta óptica, los hechos descritos serían distintos de otras violaciones del Derecho internacional perpetradas por el Estado de Israel en la Franja, como son los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, aunque a menudo exista una estrecha relación entre todos estos actos<sup>80</sup>.

---

lution S-5/1 of 19 October 2000”, E/CN.4/2001/121 (16 March 2001). Disponible en: <https://undocs.org/E/CN.4/2001/121>, párrs. 50 –51. Human Rights Council, “Report of the high-level fact-finding mission to Beit Hanoun established under Council resolution S-3/1”, A/HRC/9/26 (1 September 2008). Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/9/26>. 122 General Assembly, “Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk”, A/76/433 (22 October 2021). Disponible en: <https://undocs.org/A/76/433>. Human Rights Council, “Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk”, A/HRC/44/60 (22 December 2020). Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/44/60>.

76 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, The Facts*, párrs. 40-100.

77 La CIJ así lo subraya en su decisión sobre medidas provisionales, *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, párr. 44.

78 *Ídem*, *The Facts*, párrs. 101-107.

79 *Íbidem*.

80 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Introduction, párr. 4.

En conclusión, Sudáfrica ha sostenido, tanto en su escrito de demanda como en la fase de alegaciones orales, que al menos algunos de los actos cometidos en Gaza como respuesta al ataque de Hamás, del 7 de octubre de 2023, si no todos, son susceptibles de quedar incluidos *prima facie* en el artículo II de la Convención en la medida que la intención genocida puede inferirse tanto del patrón de conducta contra los palestinos en Gaza como de las declaraciones de los funcionarios del Gobierno y sus fuerzas armadas<sup>81</sup>. Asimismo, ha subrayado que el hecho de que Israel no haya impedido o castigado el genocidio, la conspiración, la incitación directa y pública al genocidio, la tentativa ni la complicidad para cometerlo puede ser comportamientos contemplados en el artículo III de la Convención<sup>82</sup>. La opinión de Sudáfrica ha sido compartida por un número considerable de Estados<sup>83</sup> y de expertos de Naciones Unidas que han advertido repetidamente, desde mediados de octubre de 2023, que el pueblo palestino corre un grave riesgo de sufrir un genocidio por parte de Israel<sup>84</sup>.

El Estado de Israel, en sus alegaciones orales, ha enfocado sus argumentos en rebatir que Sudáfrica haya probado que los actos denunciados sean susceptibles de entrar *prima facie* en el ámbito de aplicación de la Convención, ya que esto implicaría necesariamente un grado de prueba sobre la plausibilidad del elemento de la intención que no existe; sin prueba suficiente de la intención genocida en esta fase de medidas provisionales, los actos no tendrían cabida en la Convención sobre Genocidio y, por tanto, se pondría en juego la propia aplicación del tratado y la jurisdicción de la CIJ, que decaería al no tener autoridad sobre ningún otro delito por grave que fuera dentro del caso<sup>85</sup>.

El demandado ha tratado de desmontar las alegaciones de Sudáfrica, argumentando que el demandante no puede reemplazar lo que Israel entiende que es un conflicto armado entre un Estado y una organización terrorista sin ley, por un genocidio de un Estado contra una población civil<sup>86</sup>, más cuando Israel ha ordenado sus operaciones militares de acuerdo con las normas que le obligan en virtud del Derecho internacional humanitario y que las inevitables víctimas y el sufrimiento humano de cualquier conflicto no constituyen por sí mismos un patrón de conducta que demuestre plausiblemente la intención genocida<sup>87</sup>. Además, respecto de las declaraciones en las que se ha apoyado para probar la incitación al genocidio señala, en la misma línea, que no dejan de ser aleatorias, descontextualizadas y distorsionadas, ya que malinterpretan la naturaleza y la procedencia de ciertos comentarios particulares, que no se ajustan a las políticas y decisiones adoptadas por el Comité Ministerial de Asuntos de Seguridad Nacional y del Gabinete

---

81 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párrs. 18–109. *Ídem*, Public Sitting 11th January 2024, p. 21 y ss, párras. 1-41 y p. 31 y ss, párrs. 1-39.

82 *Ídem*.

83 Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Irán, Turquía, Venezuela Bangladesh, Egipto Honduras, Iraq Jordania, Libia, Malasia, Namibia, Pakistán, Siria, así lo han expresado en diferentes medios y reuniones. *Ídem*, Jurisdiction of the Court, párr. 12

84 *Ídem*, The Facts, párrs. 108-109.

85 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), Intent, p. 26, párrs. 31-34.

86 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting 12th January 2024, Co-Agent's Opening Statement, p. 20, párr. 44.

87 *Ídem*, The first and second requested provisional measures, p. 56, párr. 11.

de Guerra, que forman la estructura de autoridad clara y eficaz en lo que respecta a la toma de decisiones gubernamentales en el marco del conflicto armado con Gaza<sup>88</sup>. De la misma forma, Israel ha afirmado que su sistema jurídico es un sistema eficaz, independiente e imparcial que garantiza la rendición de cuentas y ha señalado que sus tribunales, incluido el Tribunal Supremo, han iniciado algunas acciones judiciales sobre diferentes aspectos de la guerra actual<sup>89</sup>.

En este punto, Israel ha alegado que los actos denunciados por Sudáfrica no pueden quedar comprendidos en las disposiciones de la Convención sobre Genocidio, particularmente, porque el estándar de prueba de la existencia *prima facie* de la intención genocida, requerido en esta fase del procedimiento, más flexible que el exigido en la fase de fondo, ni siquiera ha sido alcanzado<sup>90</sup>. El Estado de Israel ha subrayado el riesgo de que la CIJ llegue a una conclusión prematura sobre su competencia en la medida que, si no realizara una apreciación de los hechos y una valoración de la prueba correcta, el destinatario de las medidas provisionales podría pagar un grave precio político y de seguridad, aunque más tarde se demostrara que las medidas eran totalmente injustificadas<sup>91</sup>.

En todo caso, el Estado de Israel ha cerrado esta cuestión indicando que la propia CIJ subrayó, en su auto de 2 de junio de 1999, que la amenaza o el uso de la fuerza no podían constituir por sí mismos un acto de genocidio en el sentido del artículo II de la Convención sobre Genocidio, añadiendo el comentario de que “si las alegaciones de genocidio se convirtieran en la moneda común de los conflictos armados, en cualquier momento y lugar, la esencia de este crimen se diluiría y se perdería”<sup>92</sup>.

La CIJ ha concluido que, efectivamente, algunos de los actos y omisiones llevados a cabo por Israel en Gaza y denunciados por Sudáfrica podrían estar comprendidos *prima facie* en las disposiciones de la Convención sobre Genocidio<sup>93</sup>.

### C) CONCLUSIONES SOBRE LA COMPETENCIA PRIMA FACIE DE LA CORTE

A la luz de todo lo anterior, Tribunal ha concluido que tenía competencia *prima facie* en virtud del artículo IX de la Convención sobre Genocidio para conocer del caso<sup>94</sup>.

### 3. La plausibilidad de los derechos y su vínculo con las medidas provisionales

La CIJ solo puede adoptar medidas provisionales si entiende que los derechos invocados son plausibles y si existe un vínculo entre los derechos y las medidas propuestas.

---

88 *Ídem*, The third requested provisional measure, p. 64, párrs, 39-40.

89 *Ídem*, Conclusión, p. 71 y ss, párrs, 10, 12, 14 y 36.

90 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgement, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 129, párr. 209, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), p. 29, párr. 28.

91 *Ibidem*.

92 *Ídem*, Context, p. 24, párrs. 8 y 9. Traducción de la autora.

93 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26th January 2024, párr. 30.

94 *Ídem*, párr. 31.

Los derechos invocados por Sudáfrica son, por un lado, el derecho de los palestinos a existir como grupo y su derecho a ser protegidos de actos de genocidio, así como de la conspiración, la incitación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa y la complicidad en el crimen y, por otro lado, el derecho de Sudáfrica de hacer cumplir las obligaciones de la Convención<sup>95</sup>.

Sudáfrica ha defendido la plausibilidad de los derechos invocados luego que, de la descripción de los hechos, incluidas las declaraciones públicas aportadas, realizadas por los más altos representantes del Estado, del Gobierno, de las Fuerzas Armadas e incluso de miembros reconocidos de la sociedad civil, se dedujera de manera incontrovertible un patrón de conducta y una intención conexa que justifican una alegación plausible de actos genocidas<sup>96</sup>. A la vista de lo anterior, el demandante ha deducido la existencia, como mínimo, de un riesgo real de genocidio, que daría lugar a la obligación de prevenirlo de acuerdo con el artículo I de la Convención, que es vinculante tanto para Israel como para Sudáfrica.

El vínculo entre los derechos reivindicados por Sudáfrica y las medidas provisionales solicitadas estaría acreditado en tanto en cuanto estas medidas se encuentran directamente vinculadas a los derechos que constituyen el objeto del litigio<sup>97</sup>. De esta manera, las seis primeras medidas provisionales se solicitaron para garantizar el cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre Genocidio, mientras que las tres últimas tenían por objeto proteger la integridad del procedimiento ante el Tribunal y el derecho de Sudáfrica a que su demanda se resuelva con equidad<sup>98</sup>.

Israel ha rechazado de plano las acusaciones de Sudáfrica de estar cometiendo un genocidio contra la población palestina de Gaza en el marco del conflicto armado que le enfrenta con Hamás. Los alegatos de la defensa se han centrado en indicar que Israel tiene el derecho inherente a tomar todas las medidas legítimas para defender a sus ciudadanos y asegurar la liberación de los rehenes después del ataque perpetrado por Hamás el 7 de octubre de 2023<sup>99</sup>; que sus acciones son legítimas en el marco de un conflicto armado, ya que han respetado los principios del Derecho internacional humanitario, en la medida que la acción militar prevista lo ha permitido, y que se han realizado esfuerzos por mitigar los daños cuando lleva a cabo operaciones y ha subrayado que los daños que se han venido produciendo son más bien una consecuencia de los métodos de guerra urbana que utiliza Hamás<sup>100</sup>; en último lugar, ha insistido en que se han tomado medidas por aliviar las penurias y el sufrimiento de los palestinos mediante actividades humanitarias en Gaza, que disipa cualquier intención genocida. Según el demandado, las declaraciones de las autoridades israelíes presentadas por Sudáfrica son engañosas en el mejor de los casos y no están en conformidad con la política gubernamental<sup>101</sup>.

---

95 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párr. 134.

96 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), p. 30, párr. 37.

97 *Ídem*, párr. 135.

98 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párr.45.

99 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), The rights whose protection is sought, pp.38-39, párr. 66-69.

100 *Ídem*, Conclusión, p. 72, párr. 6.

101 *Ídem*, Intent, pp. 31-35, párr. 38-52.

En cualquier caso, Israel ha sostenido que, dado que el propósito de las medidas provisionales es preservar los derechos de ambas partes, el Tribunal debe, en el presente caso, considerar y equilibrar los derechos respectivos de Sudáfrica e Israel, incluido el derecho de este último a la legítima defensa<sup>102</sup>. Finalmente, ha indicado que, en todo caso, el marco jurídico apropiado para el conflicto de Gaza es el DIH y no la Convención sobre Genocidio, tratando de poner en cuestión la competencia del propio tribunal<sup>103</sup>.

De la misma manera, Israel ha considerado que las medidas solicitadas van más allá de lo necesario para proteger los derechos de forma provisional y, por lo tanto, no tienen relación con los derechos que se pretende proteger. La demandada ha alegado, entre otras cosas, que la concesión de la primera y segunda medidas solicitadas por Sudáfrica invertiría la jurisprudencia del Tribunal, ya que esas medidas servirían para la protección de un derecho que no podría constituir la base de una sentencia en ejercicio de jurisdicción conforme a la Convención sobre Genocidio<sup>104</sup>.

La Corte, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias mencionados, especialmente, poniendo en valor los informes y declaraciones presentados por representantes de distintas organizaciones, agencias y programas dentro de la Organización de las Naciones Unidas, así como las declaraciones realizadas por altos funcionarios israelíes, ha concluido que son suficientes para establecer que al menos algunos de los derechos reclamados por Sudáfrica y para los que solicita protección son plausibles. Este es el caso del derecho de los palestinos de Gaza a ser protegidos de actos de genocidio y actos prohibidos dentro del artículo III, así como el derecho de Sudáfrica a buscar el cumplimiento por parte de Israel de las obligaciones de este último en virtud de la Convención<sup>105</sup>.

A pesar de la decisión de la Corte, parece que la discusión sobre la plausibilidad de los derechos no parece definitivamente cerrada en el debate judicial, cuestión que se abordará más adelante.

#### **4. El riesgo de perjuicio irreparable y urgencia**

La Corte, en virtud del artículo 41 de su Estatuto, está facultada para indicar medidas provisionales cuando pueda causarse un perjuicio irreparable a los derechos que son objeto de un procedimiento judicial o cuando la presunta inobservancia de tales derechos pueda acarrear consecuencias irreparables<sup>106</sup>. Ahora bien, estas medidas solo podrán tomarse si existe una urgencia, es decir, que haya un riesgo real e inminente de que el perjuicio irreparable puede producirse en cualquier momento antes de que el Tribunal dicte su resolución definitiva<sup>107</sup>. De esta manera, la Corte debe determinar si las circunstancias presentadas por las partes exigen la indicación de las medidas provisionales para la protección de derechos plausibles.

---

102 *Ídem*, The rights whose protection is sought, pp.38-39, párrs. 66-70.

103 *Ídem*, p. 37, párr. 62.

104 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26th January 2024, párr. 57.

105 *Ídem*, párr. 54.

106 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, p. 226, párr. 65, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26th January 2024, párr. 60.

107 *Ídem*, p. 227, párr. 66, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26th January 2024, párr. 61.



Sudáfrica ha presentado el cumplimiento de la condición de urgencia de acuerdo con los criterios que la CIJ ha establecido en su jurisprudencia en casos que implican alegaciones de genocidio en el curso de un conflicto armado, entre estos: que la población en riesgo sea particularmente vulnerable, la fragilidad de la situación general, incluida la probabilidad y el riesgo de que se repita el daño<sup>108</sup>.

La CIJ ha considerado que la población civil es “extremadamente vulnerable” cuando las operaciones militares “han causado numerosos muertos y heridos entre la población civil”; han “causado importantes daños materiales, incluida la destrucción de edificios e infraestructuras”, y cuando “[I]os ataques continúan y están creando condiciones de vida cada vez más difíciles para la población civil”<sup>109</sup>. En el caso *Ucrania contra Rusia*, la CIJ al indicar medidas provisionales, había considerado entre los factores de riesgo la falta de “los alimentos más básicos, agua potable, electricidad, medicamentos esenciales o calefacción”<sup>110</sup>, así como los intentos de un “número muy elevado de personas (...) de huir de las ciudades más afectadas en condiciones de extrema inseguridad”<sup>111</sup>.

La Corte también ha considerado como factores de riesgo aquellos planteados en la resolución ES 11/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 2 de marzo de 2022, sobre la agresión contra Ucrania, para evaluar si se cumple la condición de urgencia en los casos que implican alegaciones de genocidio: “ataques contra instalaciones civiles, como residencias, escuelas y hospitales, y de víctimas civiles, incluidas mujeres, ancianos, personas con discapacidades y niños”; la “escala” de las operaciones militares, incluida su comparación con otros conflictos, el “deterioro de la situación humanitaria” en un territorio, y el “creciente número de desplazados internos y refugiados que necesitan ayuda humanitaria”<sup>112</sup>. Del mismo modo, la CIJ ha tenido en cuenta las conclusiones de la misión de investigación en Myanmar, considerando factores como “el despojo sistemático de los derechos humanos”, “narrativas y retórica deshumanizadoras”, “planificación metódica”, “matanza masiva”, “desplazamiento masivo”, “miedo masivo”, “niveles abrumadores de brutalidad, combinados con la destrucción física del hogar de la población objetivo, en todos los sentidos y a todos los niveles”<sup>113</sup>.

Sudáfrica ha señalado en su solicitud que la CIJ ha adoptado medidas provisionales cuando ha considerado que “no es inconcebible” que las violaciones de derechos puedan volver a producirse<sup>114</sup> y cuando las circunstancias eran “inestables y podían cambiar rápidamente”, con

---

108 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29th December 2023, The Risk of Irreparable Prejudice and Urgency, párrs. 136-143.

109 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, p. 228, párr. 75.

110 *Ídem*.

111 *Íbidem*. Véase también *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, p. 27, párr. 71; Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Provisional Measures*, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 550, párr. 53.

112 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/ES-11/1 Agresión contra Ucrania, del 2 de marzo de 2022.

113 United Nations, Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, UN doc. A/HRC/39/64, 12 September 2018, paras. 83 and 84-87), Application Instituting Proceedings, párr. 139.

114 *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *Provisional Measures*, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016, p. 1169, párr. 89. Véase en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29th December 2023, párr. 140.

“tensión continua y la ausencia de una solución global al conflicto”, lo que significaba que el grupo afectado seguía siendo vulnerable<sup>115</sup>. A renglón seguido, Sudáfrica también ha argumentado que cualquier alto el fuego que se acordara o cualquier otro acto de Israel que pudiera percibirse como capaz de mejorar las circunstancias de los palestinos a corto plazo no afectaría ni al mérito ni a la urgencia de la adopción de las medidas<sup>116</sup>.

La demandante concluyó, por tanto, que, apoyándose en los datos demoledores sobre el número de muertes, heridos, personas desplazadas, destrucción de viviendas, hospitales e instalaciones civiles en general, la insuficiencia de la ayuda humanitaria y el riesgo de hambrunas y muertes por enfermedades sobrevenidas de las circunstancias, junto a los incendiarios discursos de odio y deshumanizantes, existía un claro riesgo de perjuicio irreparable para los derechos de los palestinos y para los propios derechos de Sudáfrica en virtud de la Convención sobre Genocidio, además de que la extrema urgencia de la situación era evidente<sup>117</sup>.

Israel, que ya había expuesto en sus alegaciones orales el rechazo a la competencia *prima facie* de la CIJ y a la plausibilidad de los derechos, dedujo que las consecuencias irreparables no pueden, en el presente caso, ser causadas por la supuesta vulneración de los derechos reconocidos en la Convención sobre Genocidio. Argumenta que los daños contra la población civil vienen provocados, en todo caso, por la situación humanitaria derivada del conflicto armado y de las tácticas de guerra utilizadas por Hamás<sup>118</sup>.

El demandado subrayó los extraordinarios esfuerzos realizados por Israel –y por una multitud de otros Estados y actores internacionales– para mejorar la situación humanitaria –ayuda alimentaria, acceso al agua, acceso a suministros y servicios médicos, combustible y gas y eliminación de los cuellos de botella para mejorar la entrada y distribución de la ayuda<sup>119</sup>– y destaca cómo solo esta apreciación frustraría cualquier intento de establecer la intención especial necesaria para el genocidio<sup>120</sup>. De igual manera, reivindicó que la CIJ reconociera que las medidas concretas tomadas por Israel sí estaban encaminadas específicamente a reconocer y garantizar el derecho del grupo en cuestión a existir, teniendo en cuenta para ello su jurisprudencia en el caso *Gambia contra Myanmar*<sup>121</sup>, lo que impediría establecer la existencia de un daño irreparable o la urgencia de las medidas<sup>122</sup>.

Israel terminó su exposición haciendo una defensa de las últimas decisiones tomadas en el campo militar y que llevarían a una disminución de las hostilidades; el establecimiento de la

---

115 Véase *Application Instituting Proceedings of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures*, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, p. 396, párr. 143.

116 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29th December 2023, párr. 40.

117 *Ídem*, párrs. 41-43.

118 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), pp.49-50, párrs. 1-4.

119 *Ídem*, párrs. 7-15.

120 *Ídem*, párr. 5

121 *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 27, párr. 73.

122 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), pp. 49-50, párra. 7.

coordinación con el mecanismo creado por las Naciones Unidas para la gestión de la ayuda humanitaria para Gaza; y, por último, destaca la facilitación de la entrada de una delegación de la ONU en el norte de Gaza para evaluar la situación y determinar las necesidades de un futuro retorno de los civiles palestinos<sup>123</sup>.

Por todo lo anterior, ha sostenido que la condición de perjuicio irreparable y urgencia no podía cumplirse en el caso y que son el Estado de Israel y sus ciudadanos quienes correrían el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable si se accediera a la petición de Sudáfrica<sup>124</sup>.

La CIJ concluyó, a la luz de los argumentos expuestos por las partes, que los derechos plausibles en cuestión en este procedimiento eran de tal naturaleza que su perjuicio podría causar un daño irreparable<sup>125</sup>; que el riesgo de un mayor deterioro de las condiciones en la Franja de Gaza existía atendiendo a la apreciación que han hecho altos representantes de las Naciones Unidas, en particular su Secretario General<sup>126</sup>; que la población civil de la Franja de Gaza seguía siendo extremadamente vulnerable y que muchos palestinos de la Franja de Gaza no tenían acceso a los alimentos más básicos, agua potable, electricidad, medicamentos esenciales o calefacción<sup>127</sup>; y, por último, que la catastrófica situación humanitaria en la Franja de Gaza corría grave riesgo de deteriorarse aún más antes de que el Tribunal dictara su sentencia definitiva.

Por todo ello, la Corte consideró que existe urgencia, en el sentido de que existía un riesgo real e inminente de que se causara un perjuicio irreparable a los derechos que el Tribunal considera plausibles, antes de que dicte su resolución definitiva<sup>128</sup>.

Esta resolución ha traído en consecuencia que la CIJ no haya aceptado ni la petición del Estado de Israel de rechazar la solicitud de indicación de medidas provisionales ni archivar el asunto de la Lista General.

#### **IV. LA INDICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES POR PARTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

##### **1. La ordenación de seis medidas provisionales por parte de la Corte Internacional de Justicia**

La Corte, después de examinar las circunstancias del caso y los términos de las medidas solicitadas por Sudáfrica, ha adoptado 6 medidas provisionales que, como señala en el auto, no son idénticas a las solicitadas, pero que en todo caso recuerda que tienen efecto vinculante y, por tanto, crean obligaciones jurídicas internacionales para cualquier parte a la que se dirijan<sup>129</sup>. De las seis medidas provisionales, las cuatro primeras se refieren a las cuestiones sustantivas

---

123 *Ídem*. p. 53, párrs. 16-19.

124 *Ídem*, p. 54, párr. 22.

125 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, párr. 66.

126 *Ídem*, párrs. 67-69

127 *Ídem*, párr. 70.

128 *Ídem*, párr. 74.

129 *Ídem*, párrs. 77 y 83.

del caso, mientras que las tres últimas tienen relación con la salvaguardia del proceso. Nos ceñiremos solo al análisis de las cuatro primeras medidas.

La primera medida provisional adoptada por la CIJ, por quince votos contra dos, ha indicado que el Estado de Israel, de conformidad con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre Genocidio, y en relación con los palestinos de Gaza –no menciona las obligaciones de Sudáfrica– adoptará todas las medidas a su alcance para impedir la comisión de todos los actos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo II de la Convención. Esta medida provisional responde a la cuarta medida solicitada por Sudáfrica en la que pedía a la CIJ que ordenara a Israel que “desistiera” de la comisión de “cualquiera de los actos” mencionados en relación con el “grupo palestino”<sup>130</sup>.

La indicación de esta medida, que acoge en buen grado la solicitud de Sudáfrica, sin embargo, toma en consideración cuatro de los argumentos centrales presentados por Israel en sus alegaciones orales: por un lado, que la indicación al Estado de Israel de “desistir” en la comisión de los actos mencionados, implicaría el reconocimiento de que se estarían produciendo violaciones de la Convención, buscando un fallo implícito sobre el fondo del asunto en esta fase del procedimiento<sup>131</sup>, contrariando en este sentido a la propia jurisprudencia de la CIJ<sup>132</sup>; por otro lado, que teniendo en cuenta que Sudáfrica no habría podido demostrar, ni siquiera *prima facie*, la posibilidad de la intención genocida, que es un elemento del tipo<sup>133</sup>, la vaguedad de la redacción de la medida dejaría un amplio margen para que el demandante argumentara posteriormente que estas medidas se refieren a los actos enunciados en sí, con independencia de haberse cometido o no con intención genocida, siendo el efecto de esta interpretación el cierre de la operación militar de Israel, ya que cualquier daño provocado como consecuencia del conflicto podría ser considerado una violación de las propias medidas<sup>134</sup>; que la solicitud e indicación de medidas provisionales debería limitarse a la población palestina de Gaza afectada por las operaciones militares, ya que una referencia general al pueblo palestino abriría la posibilidad de reclamaciones posteriores por incumplimiento de estas medidas, aunque no

---

130 The State of Israel shall, in accordance with its obligations under the Convention on the mPrevention and Punishment of the Crime of Genocide, in relation to the Palestinian people as a group protected by the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, desist from the commission of any and all acts within the scope of Article II of the Convention, in particular:

(a) killing members of the group;

(b) causing serious bodily or mental harm to the members of the group;

(c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; and(d) imposing measures intended to prevent births within the group. La cursiva es nuestra.

131 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), The Fourth Provisional Measure, p. 65, párr. 52.

132 Israel sostuvo que la CIJ, en el caso Bosnia contra Yugoslavia, denegó la medida provisional solicitada por Bosnia según la cual Yugoslavia debía “cesar y desistir de todo acto de genocidio” Véase *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record) The Fourth Provisional Measure, p. 65, párr. 52.

133 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), Intent, p. 522, párr. 52.

134 *Ídem*, Fourth Provisional Measures, p. 65, párrs. 54 y 55.

estuvieran relacionadas con la operación en curso contra la Franja<sup>135</sup>; y, por último, solicitó que la medida abandonara cualquier pretensión de Sudáfrica de que se le reconociera una obligación de adoptar todas las medidas posibles para prevenir el genocidio<sup>136</sup>.

La jueza Sebutinde, que votó en contra de esta primera medida, afirmó en su opinión disidente que el objeto final de la cuarta medida provisional solicitada por Sudáfrica era, exigir de hecho que Israel pusiera fin unilateralmente a las hostilidades con Hamás, ya que esta era la única forma de garantizar que no se produjera ninguno de los actos que han sido alegados<sup>137</sup>. Asimismo, el juez *ad hoc* Barak votó, basándose en los mismos argumentos, también en contra de esta medida, aunque señaló en su declaración particular que entendía que la Corte, al indicar la primera medida provisional, se había limitado a reafirmar las obligaciones que Israel ya tenía en virtud de los artículos I y II de la Convención sobre Genocidio<sup>138</sup>.

Las medidas provisionales segunda y tercera, adoptadas respectivamente por quince votos contra dos y, dieciséis a uno, se indican, de manera separada, para dar respuesta a la sexta medida solicitada por Sudáfrica, que se refería a que el Estado de Israel asegurara que sus fuerzas armadas, pero también otros grupos irregulares, organizaciones o individuos sujetos a su control, dirección o influencia no cometieran actos de genocidio, además de que no participaran en la incitación directa y pública y otras formas punibles de cometer genocidio, tomando en todo caso medidas para su castigo<sup>139</sup>.

De esta manera, la segunda medida provisional adoptada por la Corte indica que el Estado de Israel garantizará con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan ninguno de los actos contemplados en el artículo II<sup>140</sup>, dejando sutilmente establecido que, en todo caso, los actos alegados por Sudáfrica se conducen en el marco de las operaciones militares que se llevan a cabo en la Franja, ejecutadas por las fuerzas armadas y siguiendo una política estatal<sup>141</sup>.

Esta medida se adoptó con el voto en contra de la jueza Sebutinde, quien la ha considerado redundante, ya que podría estar cubierta bien en la primera medida provisional ordenada por la Corte o

---

135 *Ídem*, Third Provisional Measures, p. 64, párr. 42.

136 *Ídem*, párr. 45.

137 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, pp. 8 y 9.

138 *Ídem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barack, párr. 43.

139 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023. Provisional measure (vi): “The State of Israel shall, in relation to Palestinians, ensure that its military, as well as *any irregular armed units or individuals which may be directed, supported or otherwise influenced by it and any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence*, do not commit any acts described in (4) and (5) above, or engage in direct and public incitement to commit genocide, conspiracy to commit genocide, attempt to commit genocide, or complicity in genocide, and insofar as they do engage therein, that steps are taken towards their punishment pursuant to Articles I, II, III and IV of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”.

140 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, Provisional measure (ii) “The State of Israel shall ensure with immediate effect that its military does not commit any acts described in point 1 above”.

141 *Ídem*, Israel llama la atención de que la medida solicitada por Sudáfrica se trata de una copia de las medidas solicitadas en el caso Gambia contra Myanmar.

bien ser un reflejo de las obligaciones que ya le incumben a Israel en virtud de los artículos I y II de la Convención sobre Genocidio<sup>142</sup>. De la misma manera, el juez *ad hoc* Barak votó en contra arguyendo el mismo razonamiento que utilizó para rechazar la primera medida provisional<sup>143</sup>.

La tercera medida provisional indicada, adoptada por 16 votos a uno, señala que el Estado de Israel tomará todas las medidas a su alcance para prevenir y castigar la incitación directa y pública para cometer genocidio en relación con los miembros del grupo palestino en la Franja de Gaza. La CIJ, si bien considera que Israel ha tomado ciertas medidas en este sentido, y señala en particular la reciente declaración del Fiscal General en la que alertó que un llamamiento a causar daños intencionados a civiles puede constituir un delito penal, incluido el de incitación, y ha tomado en consideración que las autoridades judiciales israelíes están examinando varios casos de este tipo, las ha valorado insuficientes para eliminar el riesgo de que se cause un perjuicio irreparable antes de que la Corte dicte su resolución definitiva sobre el caso<sup>144</sup>. El hecho de que la medida provisional adoptada tampoco haga una referencia expresa a los grupos o individuos a los que se dirige advierte sobre su alcance general. Respecto de esta cuestión, hay que tomar en cuenta que las pruebas presentadas por Sudáfrica señalaban el amplio y variado número de actores y de sectores de la sociedad de Israel que habían participado de las narrativas y discursos plausibles de incitar al genocidio, en particular, los que provenían de los más altos órganos del Estado, lo que es síntoma de su alcance generalizado.

En referencia a esta tercera medida provisional, el juez Nolte subrayó que su voto a favor de la medida se basaba en la alegación plausible de Sudáfrica de que determinadas declaraciones de funcionarios del Estado de Israel, incluidos miembros de su ejército sí daban lugar a un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable de los derechos de los palestinos en virtud de la Convención sobre Genocidio<sup>145</sup>. El juez *ad hoc* Barak, que también votó a favor de esta medida, señaló que su motivación estaba basada en la esperanza de que la medida contribuyera a disminuir las tensiones y a desalentar este tipo de retórica tan perjudicial<sup>146</sup>. Esta medida solo obtuvo el voto en contra de la jueza Sebutinde quien hizo referencia en su declaración, no solo a lo intencionada descontextualización de las diferentes declaraciones y mensajes de las autoridades israelíes presentados por Sudáfrica, sino a que no se podía apreciar que la política de guerra oficial del Gobierno israelí contuviera indicadores de una intención genocida<sup>147</sup>.

La cuarta medida provisional ordenada por la CIJ, por dieciséis votos a uno, indica al Estado de Israel que debe adoptar medidas inmediatas y eficaces para permitir la prestación de los servicios básicos y la asistencia humanitaria que se necesitan urgentemente para hacer frente a las adversas condiciones de vida a las que se enfrentan los palestinos en la Franja de Gaza.

La indicación de esta medida responde, solo en parte, a la solicitud realizada por Sudáfrica en su quinta medida provisional en la que aspiraba, no solo a que Israel desistiera de las res-

142 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párr. 33.

143 *Ídem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak.

144 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, párr.73.

145 *Ídem*, Declaration of Judge Nolte, párr.18.

146 *Ídem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak, párr. 44.

147 *Ídem*, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, párr. 22.

tricciones y prohibiciones, incluidas las revocaciones de órdenes, para permitir el acceso a los servicios básicos de agua, alimentos, suministros y ayuda humanitaria, sino que también asumiera ese comportamiento respecto de la privación del acceso adecuado a asistencia médica, de la expulsión y el desplazamiento forzado de la población y la destrucción de la vida en Palestina<sup>148</sup>, todos ellos aspectos que especifican los tipos de actos que deben considerarse como parte de un patrón de comportamiento conducente a infligir deliberadamente condiciones de vida calculadas para provocar la destrucción física del grupo<sup>149</sup>, pareciendo que la CIJ ha tratado de evitar pronunciarse expresamente sobre ellos.

Israel, en sus alegaciones orales, ya indicó que la quinta medida provisional solicitada por Sudáfrica no era autónoma, sino que se encontraba vinculada con la cuarta medida provisional, apartado c), referida al hecho de “infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida calculadas para causar su destrucción física en todo o en parte”. En ese sentido, denunciaba que cualquier decisión sobre las medidas provisionales cuarta y quinta debían estar vinculadas y que, en todo caso, la CIJ debía tomar en consideración el contexto del conflicto armado y sus consecuencias en el marco del DIH<sup>150</sup>.

La jueza Sebutinde, en su opinión disidente, da a entender que las medidas no estarían justificadas, además de ser innecesarias ya que, sin la prueba de la plausibilidad de la intención genocida, equivaldrían a exigir que Israel cumpliera con sus obligaciones en virtud del DIH, en lugar de la Convención sobre Genocidio<sup>151</sup>.

Esta medida es quizás una de las más complejas de aplicar por parte de la CIJ, por un lado, porque la prestación de ayuda humanitaria se configura como un derecho de la población civil dentro del DIH y, por otro lado, porque es conocida la dificultad de la Corte en la aplicación de este sector de normas del Derecho internacional<sup>152</sup>, pero que en todo caso no sería objeto de controversia en este caso quedando fuera de la autoridad de la Corte<sup>153</sup>.

---

148 Ídem, Provisional measure (5): “The State of Israel shall, pursuant to point (4)(c) above, in relation to Palestinians, desist from, and take all measures within its power including the rescinding of relevant orders, of restrictions and/or of prohibitions to prevent:

(a) the expulsion and forced displacement from their homes;

(b) the deprivation of:

(i) access to adequate food and water;

(ii) access to humanitarian assistance, including access to adequate fuel, shelter, clothes, hygiene and sanitation;

(iii) medical supplies and assistance; and

(c) the destruction of Palestinian life in Gaza”.

149 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 29 December 2024.

150 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), The fifth requested provisional measure, p. 66-67, párr. 59 y ss.

151 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párrs. 28 y p 33. Asimismo, considera esta medida innecesaria teniendo en cuenta las alegaciones realizadas por Israel en esta materia, donde trata de explicar y justificar algunos avances en asistencia humanitaria dirigida a la atención de las necesidades básicas de la población.

152 ARÉVALO-RAMÍREZ, W, “The International Court of Justice and the international humanitarian law rules for armed conflicts”, *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n°. 38, 2022, April-June, pp. 425-442 Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” DOI:10.21830/19006586.912

153 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

Una lectura comprensiva de las medidas provisionales indicadas da buena cuenta de que están basadas en la propia jurisprudencia de la Corte y alcanzadas casi por unanimidad, mostrando un consenso general sobre aspectos fundamentales en relación con la naturaleza y el alcance de las medidas provisionales, con el hecho de que se cumplen las condiciones para el establecimiento de la competencia *prima facie* de la Corte y que en esta fase del procedimiento solo debe decidir si los derechos reivindicados por Sudáfrica y cuya protección solicita son plausibles y corren un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable, habiendo una relación entre los derechos y las medidas solicitadas. Sin embargo, las declaraciones adjuntas de los jueces a la sentencia traslucen diferentes opiniones y críticas en el seno de la Corte sobre cuestiones de enorme calado, que tienen que ver con el hecho de que no se hayan tratado las diferencias relevantes sobre algunos aspectos fundamentales entre este caso y otros anteriormente sometidos a la Corte en materia de genocidio, ni se haya especificado la importancia relativa de determinados factores, en particular, el estándar sobre la plausibilidad de los derechos, así como la prueba de la intención genocida y su verosimilitud.

Si bien el juez Bhandari, en su declaración adjunta al auto, ha señalado que en esta fase de medidas provisionales, la naturaleza de la campaña militar, la amplia destrucción de vidas e infraestructuras y las necesidades humanitarias han sido por sí solas capaces de satisfacer el criterio de la plausibilidad de los derechos reconocidos en el artículo II de la Convención, por otro lado, advierte que, cuando tenga que resolverse sobre la cuestión de fondo, la existencia del *dolus specialis* exigirá la convicción de que esa es la única inferencia que puede extraerse de los actos en cuestión, poniendo de relieve que el criterio de verosimilitud para conceder medidas provisionales es muy inferior al de la prueba que la Corte ha aplicado en la fase de fondo<sup>154</sup>.

Ahora bien, otros jueces han señalado en sus declaraciones que la dimensión de la tragedia humana, mostrada en la descripción de los hechos acontecidos durante la operación militar, “ha pulverizado el estándar de la plausibilidad”<sup>155</sup>. En este sentido, el juez Nolte, aunque votó a favor de las medidas, mantuvo, haciéndose eco de la jurisprudencia de la CIJ en el caso *Gambia contra Myanmar*, que la plausibilidad de la intención genocida debe inferirse de las circunstancias del caso tal y como han sido presentadas ante la Corte y que la verosimilitud de este elemento mental es indispensable en la fase de medidas provisionales en los procedimientos que implican acusaciones de genocidio. Sin embargo, el juez puso en duda la prueba de Sudáfrica sobre la plausibilidad de la intención genocida durante la operación militar y subrayó que no era suficiente con que Sudáfrica señalara la muerte y destrucción que Israel había provocado y seguía provocando, sino que debía demostrar que los factores que permiten inferir el elemento mental estaban presentes sobre bases razonables en algún grado. Aunque el juez precisó la diferencia entre el umbral jurídico aplicable en la fase de medidas provisionales y la prueba jurídica mucho más estricta para determinar la intención genocida en la fase de fondo, hizo notar la falta de precisión en la jurisprudencia de la Corte sobre el criterio de

154 *Ídem*, Declaration of Judge Bhandari.

155 REMIRO BROTONS, A., *Perspectivas e implicaciones de la Orden de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Sudáfrica contra Israel*, Análisis, Real Instituto Elcano, 1 de febrero de 2024. Disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/perspectivas-e-implicaciones-de-la-orden-de-la-corte-internacional-de-justicia-cij-en-el-caso-sudafrica-contra-israel/>.



plausibilidad y la ausencia de una clara explicación de sus razones para concluir que se cumple este criterio<sup>156</sup>.

En la misma línea, el juez *ad hoc* Barack, en su voto particular, afirmó que no era necesario en esta fase demostrar de forma convincente la *mens rea* del genocidio por referencia a circunstancias particulares o a un patrón de conducta del que sólo pudiera inferirse la existencia de tal intención, aunque sí insistió en que era necesaria al menos alguna prueba de la intención especial para que una alegación de genocidio fuera plausible. Barack, en este punto, remitiéndose al nivel de prueba aportado por Gambia en el caso contra Myanmar, valoró como insuficiente la prueba manejada por Sudáfrica para determinar la plausibilidad de los derechos, por lo que terminó desacreditando la decisión de la CIJ en el caso en relación con el estándar admitido sobre la intención genocida<sup>157</sup>.

La jueza Sebutinde en su opinión disidente, único miembro de la Corte que votó en contra de todas y cada una de las medidas, casi haciendo suyos los argumentos de Israel, puso de manifiesto la ausencia de los estándares necesarios de prueba respecto de la intención genocida y, además, indicó que la Corte debería haber examinado, ya en esta fase preliminar, la prueba disponible para identificar indicios de intención genocida, pues no bastaba con que Sudáfrica alegara las graves violaciones tipificadas en el artículo II de la Convención para establecer la plausibilidad de los derechos protegidos<sup>158</sup>, más aún, si tenía en cuenta las evidencias presentadas por Israel y que se referían tanto a las medidas adoptadas durante el desarrollo de las operaciones militares como a las medidas adoptadas para perseguir y sancionar el crimen de genocidio<sup>159</sup>. En definitiva, de acuerdo con la opinión de la jueza, la falta de la plausibilidad de los derechos llevaría a que los actos mencionados no tendrían cabida dentro del ámbito material de aplicación de la Convención sobre Genocidio, sino en el de las normas del Derecho Internacional Humanitario, que no forman parte de la controversia entre las partes y permanecen fuera de la autoridad de la CIJ<sup>160</sup>, cuestionando en este punto la competencia de la Corte.

## **2. Tesis sobre la falta de indicación de las medidas provisionales que solicitaban la suspensión de las operaciones militares**

Las medidas provisionales primera y segunda solicitadas por Sudáfrica, en las que pedía la suspensión inmediata de las operaciones militares llevadas a cabo por parte del Ejército de Israel u otros grupos en la Franja de Gaza<sup>161</sup>, respondían con absoluta claridad a uno de los

---

156 *Ídem*, Declaration of Judge Nolte, párr. 10 y ss.

157 *Ídem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barack, párrs. 29-41.

158 *Ídem*, Dissenting Opinion Judge Sebutinde. Llama la atención que la jueza Sebutinde se manifestará en el caso *Ucrania contra Rusia* a favor de la adopción de la medida provisional relativa a la suspensión de las operaciones militares sin esta delicada atención sobrevenida a los estándares en materia de plausibilidad.

159 *Ídem*, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párrs. 17-23.

160 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, p. 23

161 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, E. Provisional Measures Requested (...): (1) The State of Israel shall immediately suspend its military operations in and against Gaza. (2) The

argumentos que con más fuerza ha sostenido Sudáfrica a lo largo de todo el proceso: que la intención genocida de Israel podía inferirse de la naturaleza, el alcance y el patrón de conducta seguido durante las operaciones militares desarrolladas por Israel contra Gaza<sup>162</sup> que “forman parte de un continuo” de actos ilegales perpetrados contra el pueblo palestino desde 1948<sup>163</sup>.

El Estado de Israel se ha opuesto con determinación a la posible indicación de estas medidas por parte de la CIJ, apoyándose en dos argumentos. El primero descansa en la idea de que la suspensión de las operaciones militares iría más allá de lo necesario para preservar los derechos en cuestión, a saber, la observancia de la Convención sobre Genocidio durante el desarrollo de estas operaciones, situándose, incluso, en contra de la jurisprudencia de la propia Corte en casos anteriores en los que se han solicitado estas mismas medidas, en particular, los casos *Bosnia-Herzegovina contra Serbia*<sup>164</sup> y, el más reciente, *Ucrania contra Rusia*<sup>165</sup>.

El segundo de los argumentos plantea que la jurisprudencia de la propia Corte ha dejado bien establecidos algunos principios, que deben ser necesariamente observados en cualquier decisión en la fase de medidas provisionales, en relación con la preservación de los derechos de las partes y que pueden resumirse en los siguientes: que las medidas deben respetar el equilibrio de los derechos plausibles del demandado y el demandante; que el posible perjuicio causado al destinatario de las medidas provisionales no debe ser desproporcionado con la ventaja que el demandante espera obtener de ellas; y, finalmente, que las medidas no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar su fin<sup>166</sup>. Para ello, Israel le ha indicado a la Corte una serie de considerandos que, de no tenerse en cuenta en su decisión respecto de las medidas que solicitan la suspensión de las operaciones militares, romperían este equilibrio entre partes. De manera particular, ha querido destacar que las medidas, tal y como estaban planteadas por Sudáfrica, no serían vinculantes para Hamás por lo que afectarían unilateralmente al demandado; que

---

State of Israel shall ensure that any military or irregular armed units which may be directed, supported or influenced by it, as well as any organisations and persons which may be subject to its control, direction or influence, take no steps in furtherance of the military operations referred to point (1) above”.

162 *Ídem*, párr.4; Conclusiones de la Sra. Hassim, a quien le correspondía dirigirse a la Corte en relación con los actos genocidas en nombre de Sudáfrica, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 11th January 2024 (verbatim record), Pattern of conduct indicates intent, p. 30, párr. 36.

163 *Ídem*, p.17, párr. 5.

164 Bosnia-Herzegovina solicitó que se adoptara una medida provisional por la que se exigía a Yugoslavia que “cesara y desistiera de todo tipo de actividades militares o paramilitares (...) contra el Pueblo, el Estado y el gobierno de Bosnia y Herzegovina”. Véase en *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, 20 March 1993, párr. 14 (3), véase también párr. 14 (1) y (2). La Corte, sin embargo, no la concedió y ello a pesar de que sí se afirmaba que se estaba produciendo un genocidio en el territorio del mismo Estado que solicitaba tales medidas provisionales y de las dos partes en el conflicto eran las partes en el caso. Véase en *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, Order of 8 April 1993, pp. 24-25, párr. 52.

165 Rusia había alegado que su operación militar tenía el propósito de prevenir y castigar el genocidio que se estaba cometiendo en Ucrania. El Tribunal consideró dudoso que la Convención sobre Genocidio autorice el uso unilateral de la fuerza en el territorio de otro Estado y, al mismo tiempo, plausible que Ucrania tuviera un derecho a no ser objeto de operaciones militares por parte de Rusia con ese fin. Véase en *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022, p. 225, párrs. 59-60.

166 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12th January 2024 (verbatim record), The first and second requested provisional measures, p. 58 y ss, párrs. 16-22.

privarían a Israel de su derecho inmanente a la legítima defensa; y, por último, que darían a Hamás espacio para preservar y desarrollar sus capacidades, lo que le permitiría plantear una amenaza aún mayor si cabe<sup>167</sup>. En conclusión, señala Israel que, de adoptarse estas dos medidas provisionales, no se pondría fin al conflicto, sino únicamente a las operaciones militares de una de las partes, perjudicando gravemente sus derechos y creando una impresión de desproporcionalidad e imparcialidad<sup>168</sup>.

La Corte no solo no ha decidido la suspensión de las operaciones militares de Israel, sino que ha omitido por completo cualquier referencia a estas medidas. Las razones que pueden encontrarse detrás de este dramático silencio tienen obviamente una naturaleza legal o jurídica, pero también otra de carácter político que no puede obviarse.

Antes de todo, cabe mencionar que en muy pocas ocasiones la CIJ ha decidido medidas provisionales que ordenasen la suspensión de operaciones militares, menos aún en un caso relacionado con una controversia relacionada con la Convención sobre Genocidio. De los casi doscientos casos sustanciados ante la CIJ, solo en 3 ocasiones la Corte se ha enfrentado a la indicación de medidas provisionales que conllevaran el alto el fuego: *Guinea Bissau y Senegal*<sup>169</sup>, un caso claramente bilateral y fronterizo, *Ucrania contra Rusia*<sup>170</sup>, un caso bilateral y marcado por una invasión, y el caso de *Sudáfrica contra Israel*. De estos casos, solo los dos últimos referidos tienen relación con la aplicación de la Convención sobre Genocidio; y, en todo caso, ambos parecieran presentar importantes diferencias.

En el caso *Ucrania c. Rusia*, las operaciones militares rusas en el territorio ucraniano habían sido justificadas para prevenir y castigar la comisión de un genocidio contra la población del Dombás, argumentando la existencia de una obligación *erga omnes* dimanante de la Convención sobre Genocidio<sup>171</sup>. La CIJ indicó, sin embargo, que tenía serias dudas de que la Convención autorizara el uso de la fuerza contra el territorio de otro Estado para el cumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio y que encontraba plausible el derecho de Ucrania de no ser sometida a una operación militar por Rusia con este propósito<sup>172</sup>. En conclusión, Rusia había utilizado la Convención como argumento para justificar una operación militar y el análisis sobre la legalidad o no del uso de la fuerza sí requería una interpretación sobre el cumplimiento del tratado. Por consiguiente, la CIJ debía pronunciarse sobre la medida provisional dentro de la Convención sobre Genocidio y así lo hizo.

Sin embargo, en el caso *Sudáfrica c. Israel* puede deducirse que la CIJ no ha considerado que el demandante haya demostrado de forma plausible que la operación militar emprendida por Israel, como tal, se estuviera llevando a cabo con intención genocida y que, por lo tanto, una decisión sobre su suspensión tuviese que adoptarse dentro de la Convención sobre Genocidio. La Corte

---

167 *Ídem*, párrs. 25-35.

168 *Ídem*, párrs. 36 y 37.

169 *Case concerning the arbitral award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal) request for the indication of provisional measures*, Order of 2 March of 1990.

170 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022.

171 *Ídem*, pp. 230-231, párr. 86.

172 *Ídem*, p. 225, párrs. 59-60.

ha concluido que en su opinión solo “(...) algunos de los actos y omisiones que Sudáfrica alega que fueron cometidos por Israel en Gaza parecen poder estar comprendidos en las disposiciones de la Convención”<sup>173</sup> Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto, como ya se ha visto, en las declaraciones adjuntas a la decisión de la Corte por parte del juez Nolte<sup>174</sup>, así como en el voto particular del juez *ad hoc* Barak<sup>175</sup> y en el voto disidente de la juez Sebutinde<sup>176</sup>.

Por el contrario, de la decisión de la CIJ se trasluce la aplicación al caso del nuevo enfoque de plausibilidad, que se extiende no solo a los derechos reivindicados, sino a las reclamaciones de las partes, y que parece haber jugado –tácitamente– a favor del derecho a la legítima defensa argüido por Israel. De esta suerte, en el supuesto plausible de que las operaciones militares de Israel contra la Franja de Gaza fueran un acto de legítima defensa, en el sentido del artículo 51 de la Carta de la Naciones Unidas, esta disposición operaría como una limitación importante de la autoridad de la CIJ para la indicación de medidas provisionales, ya que no estaría facultada para ordenar aquellas medidas que negaran a Israel la capacidad de defenderse legalmente contra un ataque armado<sup>177</sup>.

A pesar de que no han sido pocas las voces autorizadas en la materia que han cuestionado que los ataques actuales de Israel contra la Franja se puedan considerar actos de legítima defensa conforme al Derecho internacional<sup>178</sup>, y trayendo a colación en este punto que la propia CIJ, en su Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en Palestina, haya cuestionado la posible invocación de este derecho por parte de Israel como fuerza ocupante de Palestina<sup>179</sup>, la decisión de la CIJ parece haber mostrado un rechazo absoluto a cualquier colisión con el artículo 51 de la Carta y el derecho inmanente a la defensa de Israel.

Otro argumento adicional que puede sumarse a la explicación de por qué la CIJ no se ha pronunciado sobre las medidas provisionales primera y segunda solicitadas por Sudáfrica, es el de que ha podido prevalecer en la construcción de su decisión sobre el cese de las operaciones

173 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2024, párr. 30.

174 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, Declaration of Judge Nolte.

175 *Ídem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak.

176 *Ídem*, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

177 LEMPEL, J., “Why the ICJ Cannot Order Israel to Stop the War in Gaza as a Provisional Measure, January 8, 2024”, *Blog of the European Journal of International Law*, EJIL Talk. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/why-the-icj-cannot-order-israel-to-stop-the-war-in-gaza-as-a-provisional-measure/>.

178 SCHMITT, M. N., Israel – Hamas 2023 Symposium: “The Legal Context of Operations Al-Aqsa Flood and Swords of Iron”, Oct 10, 2023, *Articles of War*. Disponible en: <https://lieber.westpoint.edu/legal-context-operations-al-aqsa-flood-swords-of-iron/>; BUCHAN, R., “Self-Defence as an Exception to the Principle of Non-Use of Force: Debunking the Myth”, November 29, 2023, *Blog of the European Journal of International Law*, EJIL:Talk. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/self-defence-as-an-exception-to-the-principle-of-non-use-of-force-debunking-the-myth/>; GILL, T., “The ICJ Wall Advisory Opinion and Israel’s Right of Self-Defence in Relation to the Current Armed Conflict in Gaza”, November 13, 2023, *Armed Groups and International Law*. Disponible en: <https://www.armedgroups-internationallaw.org/2023/11/13/the-icj-wall-advisory-opinion-and-israels-right-of-self-defence-in-relation-to-the-current-armed-conflict-in-gaza/>.

179 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 136, en p. 194, párr. 39. Hay que tener en cuenta las posibles salvedades que podrían alegarse con respecto a la ocupación efectiva de Israel sobre la Franja de Gaza después de producirse el “desenganche” de Israel, a partir del año 2006, una vez que Hamás asumió el gobierno de la Franja.

militares la teoría de los poderes inherentes, subrayando que la naturaleza y el alcance de la medida provisional desborda las competencias de la CIJ a favor de otros órganos de las Naciones Unidas, como es el caso del Consejo de Seguridad, que tiene la función de mantener la paz y la seguridad internacional, teoría a la que ha recurrido al referirse a un tema de enorme relevancia y complejidad como es el de la ejecución de las sentencias de la Corte<sup>180</sup>.

Por añadidura, no es baladí preguntarse por cómo haya influido sobre esta decisión la percepción que tenga la CIJ sobre la cuestión de la naturaleza política y/o jurídica de la controversia y la subsiguiente tendencia hacia la judicialización de los conflictos armados. La jueza Sebutinde, en su opinión disidente, ya apuntó a la invocación de tratados como la Convención sobre Genocidio como un pretexto en un intento desesperado por forzar un caso ante la Corte con el fin de favorecer su resolución judicial<sup>181</sup>, opinión a la que se ha sumado el juez Barack<sup>182</sup>.

Para concluir, por más que puedan tener peso las diferentes razones que haya tenido la CIJ en su decisión de no indicar la suspensión de las operaciones militares, ha dejado perder una gran oportunidad para hacer prevalecer el derecho plausible del grupo de los palestinos de Gaza de ser protegido de un genocidio y el derecho plausible de Sudáfrica de proteger esos derechos, frente al derecho plausible de Israel de defenderse legítimamente. Este caso reúne todos los elementos para que la CIJ hubiera puesto en práctica un cambio radical de enfoque en la doctrina de la plausibilidad para la indicación de medidas provisionales, pasando desde el estadocentrismo a un enfoque denominado “*plausibility as human vulnerability*”, centrado en la protección de las necesidades y los intereses de los individuos y las comunidades humanas como fundamento último del Derecho internacional<sup>183</sup>. La aplicación de este enfoque, realizando un análisis y una interpretación comprensiva de los hechos, de la naturaleza, la forma y el alcance de las operaciones militares, que se sitúan mucho más allá de los límites que establece el Derecho internacional en la legítima defensa y el DIH para alcanzar un objetivo militar legítimo, hubiera puesto de manifiesto su instrumentalidad a un propósito mayor, que es el del establecimiento de condiciones calculadas para impedir el desarrollo de la vida de los gazatíes y la destrucción en todo o en parte de la población palestina en Gaza.

A esta transformación del Derecho internacional aspiraba el gran humanista que fue el profesor Cançado Trindade, quien, en varias de sus opiniones en calidad de juez de la CIJ, pero muy especialmente en el caso *Ucrania c. Rusia*, argumentó que la vulnerabilidad humana habría sustituido a la verosimilitud como factor clave para la indicación de medidas provisionales<sup>184</sup>. En apoyo a la necesidad de esta flexibilización del enfoque de la CIJ, el juez ha descrito el creciente reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en

---

180 COUZIGOU, I., “Enforcement of UN Security Council Resolutions and of ICJ Judgments: The Unreliability of Political Enforcement Mechanisms”, en JAKAB, A., AND KOCHENOV, D., (eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*, Oxford, 2017; online edn, Oxford Academic, 20 Apr. 2017. DOI:10.1093/acprof:oso/9780198746560.003.0022.

181 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

182 *Ídem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barack.

183 VER SPARKS, T., SOMOS, M. “The humanisations of provisional measures? (...), *op. cit.*”

184 *Ukraine v Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, p. 104, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

su conjunto por las condiciones de vida de las personas<sup>185</sup> y ha argumentado que, en cualquier situación de concesión de medidas provisionales, los beneficiarios últimos son los individuos dentro de los Estados y no sólo el Estado en cuenta que entidad jurídica y política<sup>186</sup>. Por esa razón, con más peso si cabe, en aquellos casos de controversias entre Estados que encierren cuestiones relativas a los daños directos e inmediatos sobre las personas y los grupos –especialmente las situaciones en las que se alegan graves abusos a los derechos humanos como es la aplicación de la Convención sobre Genocidio– la vulnerabilidad humana sería una prueba aún más convincente que la verosimilitud de los derechos de la partes para la indicación u ordenación de medidas provisionales cuando estén dirigidas a la protección de la vida e intereses de las personas y de los grupos<sup>187</sup>, ya que no son comparables los daños irreparables que estos pueden padecer con los que pueda sufrir un Estado<sup>188</sup>. De acuerdo con la opinión de algunas autoridades en la materia, la idea de que la Corte busque activamente proteger la vida de las personas a través de sus medidas provisionales dista mucho de ser radical<sup>189</sup>.

### 3. El recurso a una solicitud de medidas provisionales basándose en nuevos hechos

La decisión de la CIJ de no ordenar la suspensión de las operaciones militares ha comprometido la iniciativa sudafricana de tratar de poner fin a lo que considera la comisión de un genocidio sobre la población palestina en Gaza por medio de una guerra total sobre la Franja. Ahora bien, desde que la CIJ tomara su decisión sobre la indicación de medidas provisionales, el 26 de enero de 2024, se han producido al menos tres hechos de enorme relevancia que podrían revertir esta situación en relación con la adopción de esta medida provisional.

Se trataría, en primer lugar, de la amenaza de Israel de tomar la ciudad de Rafah, hecha pública en las declaraciones del primer ministro de Israel, el 9 de febrero de 2024, y que se ha mantenido en lo sucesivo<sup>190</sup>. En segundo lugar, la conclusión, en marzo de 2024, del informe titulado

---

185 *Ídem*.

186 *Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v United States of America), Provisional Measures*, Order of 3 October 2018, ICJ General List No. 175. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

187 *Íbid*.

188 VER SPARKS, T., SOMOS, M., “The humanisations of provisional measures? (...), *op. cit.* Human Right Council, Anatomy of a Genocide. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Francesca Albanese\* (A/HRC/55/73), 25th March 2024, Advance unedited version.

189 HIGGINS, R., “Interim Measures for the Protection of Human Rights” *36 Columbia Journal of Transnational Law* 91, 1998, pp. 91-108; YOSHIYUKI LEE-IWAMOTO., “The Protection of Human Life Through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice” *15 Leiden Journal of International Law* (2) 2002, pp. 345-366.

190 Israel Prime Minister’s Office (9 February 2024) “It is impossible to achieve the goal of the war of eliminating Hamas by leaving four Hamas battalions in Rafah. On the contrary, it is clear that intense activity in Rafah requires that civilians evacuate the areas of combat. Therefore, Prime Minister Benjamin Netanyahu has ordered the IDF and the security establishment to submit to the Cabinet a combined plan for evacuating the population and destroying the battalions.” Disponible en: <https://www.goy.Whe/departments/news/spoke-rafali090224>. See also: Prime Minister.

“Anatomía de un Genocidio” de la Relatora de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en el territorio palestino ocupado desde 1967, Francesca Albanese, que ha arrojado que hay “motivos razonables” para concluir que Israel está cometiendo actos de genocidio, particularmente: causar graves daños físicos o mentales a miembros del grupo; infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física total o parcial; imponer medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo<sup>191</sup>. La Relatora, además, apunta a que estos actos se han prestado con apoyo militar, económico y político de otros actores políticos agravando la devastación que ha provocado en los palestinos<sup>192</sup>. Este informe contribuiría a llenar la insuficiencia de evidencias sobre la prueba requerida de la intención genocida de la operación militar durante el procedimiento de medidas provisionales, tan señalada en parte de las opiniones adjuntas de los jueces a la orden sobre las medidas provisionales adoptada por la CIJ. En último lugar, la publicación de este informe ha coincidido prácticamente en el tiempo con la adopción de la resolución 2728 (2024) del Consejo de Seguridad, de 25 de marzo de 2024, en la que, por primera vez, por medio de la abstención en la votación de los Estados Unidos, se ha solicitado un alto el fuego inmediato en la Franja<sup>193</sup>.

Estos nuevos hechos podrían motivar que Sudáfrica presentara una nueva solicitud de medidas provisionales, incluidas las medidas que la Corte había rechazado anteriormente, en virtud del artículo 75 (3) del Reglamento de la Corte. Como alternativa, Sudáfrica podría solicitar a la Corte que modificara las medidas provisionales existentes basándose en un “cambio en la situación” de acuerdo con el Artículo 76 (1) del Reglamento. Esto no habría requerido una audiencia, ya que las normas sólo exigen que el Tribunal conceda a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones al respecto, según el Artículo 76 (3).

Sudáfrica, sin embargo, presentó una nueva solicitud de medidas provisionales, el 12 de febrero de 2024<sup>194</sup>, y eligió la vía que abre el artículo 75 (1) del Reglamento de la Corte que le permite decidir en cualquier momento examinar de oficio si las circunstancias del caso exigen la indicación de medidas provisionales que deban ser tomadas o cumplidas por alguna de las partes o por todas ellas. Como señala Sudáfrica, la CIJ puede excepcionalmente prescindir de las audiencias o de las presentaciones de las partes en un escenario de extrema urgencia y riesgo inminente de daño<sup>195</sup>, aunque es cierto que nunca ha indicado medidas provisionales de oficio en ausencia de una parte que se lo pida por razones de urgencia<sup>196</sup>.

---

191 Human Right Council, *Anatomy of a Genocide (...)*, *op. cit.*

192 *Ídem.*

193 S/RES/2728 (2024), Resolución 2728 (2024) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 9586ª sesión, celebrada el 25 de marzo de 2024. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/080/85/pdf/n2408085.pdf?token=wvaaOjOpTTKycNNavQ&fe=true>.

194 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, *Urgent Request for Additional Measures Under Article 75(1) of The Rules of Court of The International Court of Justice 12th February 2024*.

195 La CIJ solo ha hecho uso de esta facultad en el caso *LaGrand*. BECKER, MICHAEL A., *Desperate Times, Desperate (Provisional) Measures: Rafah and South Africa's Latest Action at the ICJ*, *VerfBlog*, 2024/2/14. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/desperate-times-desperate-provisional-measures/>, DOI: 10.59704/6b19711edce7a00f.

196 *Ídem.*

En su comunicación a la Corte, Sudáfrica hizo hincapié en que el Tribunal actuó de oficio en *LaGrand* en una situación de extrema urgencia que afectaba a un individuo, mientras que el caso de la invasión de Rafah presenta una situación de extrema urgencia que afecta a aproximadamente 1,7 millones de palestinos vulnerables. Pero al solicitar que la Corte actúe de oficio, Sudáfrica no ha propuesto ninguna medida específica. Puede entenderse que Sudáfrica pretendía implícitamente resucitar su petición de suspensión de todas las operaciones militares en Gaza o, al menos, la suspensión de cualquier actividad militar en la zona de Rafah. Pero Sudáfrica ha dejado en manos de la CIJ los medios para abordar la situación.

La decisión de la CIJ ha reafirmado las medidas adoptadas el 26 de enero y ha indicado *ex novo* dos medidas, teniendo en cuenta el empeoramiento de las condiciones de vida de los palestinos de Gaza. La primera medida, tomada por unanimidad, en la que ordena que Israel adopte todas las medidas necesarias para garantizar sin demora, sin trabas, a gran escala y en cooperación con las Naciones Unidas, los servicios básicos que se necesitan con urgencia y la asistencia humanitaria<sup>197</sup>. La segunda, muy importante, y en la que ahora sí se aprecia un cambio definitivo de enfoque, en la que indica que Israel debe garantizar con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan actos que constituyan una violación de cualquiera de los derechos de los palestinos en Gaza como grupo protegido bajo la Convención, incluso *impidiendo*, mediante cualquier acción, la entrega de asistencia humanitaria que se necesita con urgencia<sup>198</sup>.

La CIJ, por primera vez, ha indicado que el impedimento de la entrega de la asistencia humanitaria por parte de las fuerzas armadas podría constituir una violación de la Convención sobre Genocidio. Hay que tener en cuenta que la solicitud de Sudáfrica y la decisión de la CIJ han sido anteriores a la conclusión por parte de la Relatora de la ONU de su informe y de la adopción de la primera resolución del Consejo de Seguridad en la que se pide un alto el fuego inmediato.

En este nuevo contexto sería deseable una articulación *de facto* de medidas más ambiciosas. Una decisión de la CIJ sobre medidas provisionales que incluyese ahora sí, sobre la base de nuevos hechos y evidencias o pruebas, la suspensión de las operaciones militares significaría una clara alineación judicial con una decisión del Consejo de Seguridad y, viceversa, la CIJ vería respaldada su medida provisional por una decisión previa del Consejo, que sí dispone de los medios coercitivos necesarios para hacer cumplir tanto sus propias resoluciones como las decisiones de la CIJ<sup>199</sup>.

Una posible ordenación de medidas provisionales de suspensión de las operaciones militares de la CIJ, leída en conjunto con la resolución del CS, tendría dos efectos: uno en el ámbito jurídico, puesto que reforzaría la idea de la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por ambos órganos

---

197 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Urgent Request for Additional Measures Under Article 75(1) Of The Rules Of The Court Of The International Court Of Justice*, Order 28th March 2024.

198 *Ídem*, (2) “Indicates the following provisional measures: Ensure with immediate effect that its military does not commit acts which constitute a violation of any of the rights of the Palestinians in Gaza as a protected group under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, including by preventing, through any action, the delivery of urgently needed humanitarian assistance” (...). La cursiva es nuestra.

199 Sobre esta cuestión ver *supra*. n. 34.



y la posibilidad de hacerlas cumplir; otro, en la arena política, al reflejar una opinión general de la comunidad internacional que rechaza la guerra total de Israel contra la Franja. En algún momento, Israel tendría que dar por terminada su campaña contra los palestinos en Gaza.

## V. CONCLUSIONES

El caso Sudáfrica c. Israel ante la Corte Internacional de Justicia ha colocado a este órgano judicial frente a un dilema ético al que solo podía dar respuesta a través del Derecho: humanización o barbarie.

La humanización significa poner el Derecho internacional al servicio de la protección de los derechos de los individuos y de los pueblos frente a sus agresiones más aberrantes, aun cuando existan intereses de los Estados. Una concepción puramente formal del Derecho internacional y de la aplicación de sus normas, que lo desvinculen de los más importantes elementos morales, sociales y políticos, que constituyen su medio de acción y condicionan su efectividad, pueden contribuir a refrendar la barbarie.

Es incuestionable que los palestinos de Gaza están sufriendo una grave amenaza contra su propia existencia, provocada por un contexto, creado a través del desarrollo de las operaciones militares de Israel en la Franja, que está produciendo condiciones calculadas para su destrucción física. La protección de su existencia como grupo constituye una obligación de todos los Estados que forman parte de la comunidad internacional y para ello han de utilizar todos los medios legales que se encuentren a su alcance. Este ha sido el propósito de Sudáfrica al solicitar a la Corte que indicara la suspensión de estas operaciones militares. Asimismo, es indiscutible, desde una perspectiva estrictamente jurídica, que la guerra total declarada por Israel contra la Franja de Gaza no respeta mínimamente los contornos de la legítima defensa, ni las normas del Derecho Internacional Humanitario. La decisión de no suspender las operaciones militares de Israel, basada en la aplicación del nuevo enfoque sobre el criterio procesal de la plausibilidad en la fase de medidas provisionales, destila la idea de que el derecho del pueblo palestino de no ser destruido debe quedar sometido a la protección del derecho a la legítima defensa de Israel. Para superar esta decisión, apegada a una concepción tradicional del Derecho internacional, hubiera bastado como anteponer el criterio de la vulnerabilidad humana al de la plausibilidad como factor clave para la indicación de las medidas provisionales.

La Corte Internacional de Justicia parece moverse en esa dirección. La decisión que ha adoptado el día de cierre de este artículo, 24 de mayo de 2024, respecto de la petición urgente de adopción y modificación de medidas provisionales solicitada por Sudáfrica el 10 de mayo, y en la que indica que Israel debe detener inmediatamente su ofensiva militar y cualquier otra acción en la provincia de Rafah, que puede infligir al grupo palestino en Gaza condiciones de vida que podrían provocar su destrucción física, destrucción total o parcial<sup>200</sup>, constituye un paso esperanzador.

---

200 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order of 24 May 2024.



# EL LUGAR DEL HECHO DAÑOSO EN LAS ACCIONES DERIVADAS DEL “DIESELGATE”: LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TJUE

## *THE PLACE OF HARMFUL EVENT IN “DIESELGATE” CLAIMS: RECENT JURISPRUDENCE OF THE CJEU*

ANA CRESPO HERNÁNDEZ\*

**Sumario:** I. PLANTEAMIENTO. II. LAS ACCIONES PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL “DIESELGATE”. III. EL LUGAR DEL HECHO DAÑOSO EN DEMANDAS EXTRACONTRACTUALES CONTRA FABRICANTES MANIPULADORES DEL *SOFTWARE*. IV. VALORACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA REPARACIÓN COLECTIVA DE LOS DAÑOS

**RESUMEN:** El TJUE se ha pronunciado, ya en dos ocasiones, sobre la determinación del lugar del hecho dañoso en demandas de responsabilidad civil interpuestas contra el fabricante por los adquirentes de vehículos afectados por el “dieselgate”. La Sentencia del TJUE C-343/19 en el asunto *VKI* estableció que en estos casos se puede demandar ante el tribunal del lugar de adquisición del vehículo. La más reciente Sentencia C-81/23 en el caso *FCA Italy* completa la anterior, indicando que si no coinciden lugar de celebración del contrato y lugar de entrega del vehículo, el daño se entiende materializado en el último. Las dos Sentencias facilitan que las víctimas litiguen ante sus propios tribunales, funcionando bien en demandas individuales. Sin embargo, las soluciones del Tribunal de Justicia se adecuan mal a las demandas colectivas interpuestas por asociaciones de consumidores, tan importantes en un caso de daños masivos como este.

**ABSTRACT:** *The CJEU has already ruled twice on the determination of the place where the harmful event occurs in civil liability claims brought against manufacturers by purchasers of vehicles affected by the ‘dieselgate’. CJEU Judgment C-343/19 in the VKI case established that in such cases, legal action can be taken before the court of the place of vehicle acquisition. The more recent Judgment C-81/23 in the FCA Italy case further complements the former, indicating that if the place of conclusion of the contract and the place of vehicle delivery do not coincide, the damage is considered to have occurred at the latter. These two judgments make it easier for victims to litigate before their own courts, working well in individual claims. However, the solutions provided by the Court of Justice are ill-suited for collective claims filed by consumer associations, which are crucial in cases of mass damages like this.*

**PALABRAS CLAVE:** Competencia judicial internacional, responsabilidad civil extracontractual, dieselgate, lugar del hecho dañoso, daño financiero, acción colectiva

**KEYWORDS:** *International Jurisdiction, tort liability, dieselgate, place of the harmful event, financial damage, collective action*

## I. PLANTEAMIENTO

1. El objeto de las siguientes páginas es estudiar los problemas que plantea la determinación del tribunal internacionalmente competente en el marco de las demandas de responsabilidad

---

Fecha de recepción del trabajo: 15 de abril de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de mayo de 2024.

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad Rey Juan Carlos, [ana.crespo@urjc.es](mailto:ana.crespo@urjc.es).

civil extracontractual interpuestas por los adquirentes de vehículos afectados por el escándalo conocido como el “dieselgate”. Este estalló en septiembre de 2015, tras una investigación de la Agencia de protección del Medio ambiente americana, en la que se descubrió que la compañía alemana Volkswagen había instalado en algunos de sus vehículos diésel – los provistos de motores EA 189 – un programa informático cuyo objetivo era defraudar la normativa de control de emisiones<sup>1</sup>. El *software* era capaz de detectar cuando el vehículo era sometido a un test de emisiones y durante este, se ajustaba a los límites previstos por el Reglamento (CE) núm. 715/2007<sup>2</sup>; sin embargo, en condiciones normales de circulación, el vehículo producía hasta 40 veces más emisiones de óxido de nitrógeno de las permitidas<sup>3</sup>.

2. Descubiertos los hechos, la compañía trató inmediatamente de encontrar una solución al problema. Para ello, en Europa, Volkswagen ofreció a los usuarios afectados una actualización gratuita del *software* con la que supuestamente los vehículos volvían a cumplir con la normativa. La KBA (autoridad alemana competente para la homologación de tipo) autorizó en junio de 2016 el nuevo programa informático y parecía que, con ello, el asunto quedaba solucionado; sin embargo, posteriormente se ha descubierto que el *software* actualizado tiene una eficacia limitada, ya que solo purifica los gases de forma totalmente eficiente en una ventana de temperaturas entre 15 y 33 grados y en altitudes inferiores a 1000 metros.

Hoy, los dos *softwares* referidos, tanto el original como el actualizado, se consideran contrarios al Derecho de la Unión Europea. La STJUE de 17 de diciembre de 2020<sup>4</sup> ha declarado que el primer programa empleado, el llamado “*software* de conmutación”, es un dispositivo de desactivación prohibido por el art. 3.10 del Reglamento 715/2007. Posteriormente, tres Sentencias del TJUE, dictadas el 14 de julio de 2022<sup>5</sup>, han llegado a la misma conclusión en relación con el *software* actualizado, conocido como “ventana térmica” o “ventana de tempe-

---

1 Un buen resumen de los hechos del caso se encuentra en KRÄMER, L., “The Volkswagen Scandal – Air Pollution and Administrative Inertia”, *Environmental Law Network International*, núm. 2, 2016, pp. 64-74, pp. 64 ss.

2 Reglamento (CE) núm. 715/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos, *DOUE* núm. 171, de 29 de junio de 2007

3 *Vid.* POCH, A., “Dieselgate: la responsabilidad directa del fabricante como consecuencia de la manipulación de la manipulación de las emisiones contaminantes de los motores diésel”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 197, octubre 2020, pp. 1-16, p. 4.

4 STJUE de 17 de diciembre de 2020, *CLCV*, as. C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040

5 STJUE de 14 de Julio de 2022, *GSMB Invest*, as. C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570, STJUE de 14 de Julio de 2022, *Volkswagen*, as. C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571, y STJUE de 14 de Julio de 2022, *Porsche Inter Auto*, as. C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572. También la STJUE de 8 de noviembre de 2022, *Deutsche Umwelthilfe eV*, as. C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857, considera ilegal el *software* de ventana de temperaturas apoyándose en las decisiones anteriores. Sobre las sentencias de 14 de julio de 2022, *vid.* JANSSEN, A., “The Diesel Saga: the Next Round”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, 2022, pp. 169-200 y ARBOUR, M.E., “The Volkswagen Scandal at the CJEU: Defeat Devices between the Conformity Guarantee and Environment Law”, *European Journal of Risk Regulation*, núm. 13, 2022, pp. 670-681. En España, es muy completo el estudio de RODRIGUEZ GUITIÁN, A.M., “El Dieselgate y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos de 14 de julio de 2022)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 76, Núm. 2, 2023, pp. 729-792.

raturas”, dejando claro que la reparación realizada por Volkswagen como solución al fraude de las emisiones fue la instalación de un segundo dispositivo ilegal<sup>6</sup>. Sobre la base de esta jurisprudencia del TJUE, diferentes Sentencias judiciales alemanas están declarando ilegales las autorizaciones concedidas en 2016 por la KBA para la utilización del *software* de “ventana térmica”<sup>7</sup>.

3. El asunto ha tenido una enorme repercusión a nivel global. Según ha reconocido la compañía, la instalación del dispositivo de desactivación prohibido ha afectado por lo menos a once millones de vehículos vendidos en todo el mundo<sup>8</sup>. Además, con el tiempo se ha ido descubriendo que otros muchos fabricantes de automóviles, no solo Volkswagen, han utilizado el mismo tipo de programas informáticos<sup>9</sup>, burlando la normativa ambiental y logrando la homologación de vehículos que contaminan por encima de los límites previstos en la misma<sup>10</sup>.

Todo ello se ha traducido en un caso de enorme litigiosidad a nivel mundial. Aunque son muchos los problemas jurídicos que el mismo ha planteado, las siguientes páginas se van a ocupar en particular de la determinación de la competencia judicial internacional en las demandas de responsabilidad civil interpuestas. Esta cuestión ha cobrado protagonismo a partir de dos decisiones del TJUE referidas a la precisión del lugar del hecho dañoso en este tipo de supuestos: una primera Sentencia, dictada el 9 de julio de 2020 en el caso *VKI*<sup>11</sup>, considera el lugar de adquisición del vehículo como lugar del daño; la más reciente STJUE de 22 de febrero de 2024 en el asunto *FCA Italy*<sup>12</sup> soluciona los casos en el vehículo se entrega en un país diferente de aquel en que se ha celebrado la compraventa. Tras exponer unas breves ideas sobre las diferentes acciones judiciales posibles en el marco del “dieselgate”, se analizará con

---

6 VILLACORTA, C., “The Dieselgate before Spanish Courts”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 3, 2023, pp. 128-134, p. 131

7 En primer lugar, la Sent. Tribunal Administrativo de Schleswig-Holsteinisches de 20 de febrero de 2023, as. 3A 113/18, ECLI:DE:VGSH:2023:0220.3A113.18.00, considera que no hubiera debido concederse la autorización para el *software* de ventana térmica para los Volkswagen Golf TDI con motor EA 189. Más recientemente, la Sent. Tribunal Administrativo de Schleswig-Holsteinisches, de 17 de enero de 2024, as. Az. 3 A 332/20, ECLI:DE:VGSH:2024:0117.3A332.20.00 llega a la misma conclusión en relación con 62 tipos de vehículos con motores diésel EA 189 Euro 5 fabricados por el grupo Volkswagen. La última Sentencia declara de forma explícita que la KBA deberá tomar las medidas necesarias para que los vehículos afectados cumplan con las regulaciones de los Reglamentos europeos. Como indica C. VILLACORTA en relación con la primera de las Sentencias, si llegan a alcanzar firmeza, no hay que excluir que Volkswagen deba adoptar medidas para evitar que millones de vehículos diésel circulen ilegalmente por las carreteras europeas. *Vid.* “The Dieselgate before...”, *cit.*, p. 136

8 *Vid.* el documento informativo del Tribunal de Cuentas Europeo, “Respuesta de la UE al escándalo “dieselgate”, febrero 2019, disponible online en: [https://www.eca.europa.eu/lists/ecadocuments/brp\\_vehicle\\_emissions/brp\\_vehicle\\_emissions\\_es.pdf](https://www.eca.europa.eu/lists/ecadocuments/brp_vehicle_emissions/brp_vehicle_emissions_es.pdf), p. 13 y ss.

9 En <https://www.emissionsjustice.com/>, página web de la Asociación neerlandesa Diesel Emissions Justice Foundation, se pueden consultar los fabricantes europeos acusados de instalar *softwares* ilegales en vehículos europeos

10 *Vid.* RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., “El Dieselgate y el Tribunal de Justicia...”, *cit.*, p. 730

11 STJUE de 9 de julio de 2020, *Verein für Konsumenteninformation y Volkswagen*, as. C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534.

12 STJUE de 22 de febrero de 2024, *MA y FCA Italy*, as. C-81/23, ECLI:EU:C:2024:165

detalle esta jurisprudencia, y se valorará teniendo en consideración sus implicaciones en los casos en que la solicitud de reparación de los daños se articula a partir de acciones colectivas.

## II. LAS ACCIONES PARA LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL “DIESELGATE”

### 1 “Dieselgate”, reparación de las víctimas y Derecho internacional privado

4. Rebasando los aspectos de Derecho público, la actuación ilícita de los fabricantes de automóviles ha alcanzado al Derecho privado, al haber causado graves perjuicios a los millones de consumidores que adquirieron los vehículos sin sospechar su “trucaje”. Los daños sufridos por estos no solo han sido morales, sino también económicos, desde el momento en que la revelación de los hechos se tradujo en la inmediata pérdida de valor de los vehículos afectados.

Las solicitudes de reparación de los daños interpuestas por las víctimas del “dieselgate” han recibido respuestas muy diferentes en los distintos países afectados. El consorcio alemán lleva desde 2015 desembolsando millones en forma de multas y compensaciones en países como [EE.UU.](#), Alemania, Australia, Reino Unido o Canadá<sup>13</sup>, pero las indemnizaciones no han llegado a todos los países por igual. Muy llamativa es la diferencia de trato otorgada por la compañía a los consumidores norteamericanos y los europeos<sup>14</sup>: frente a las generosas indemnizaciones acordadas en Estados Unidos, en el mercado europeo, Volkswagen no ha considerado justificadas las indemnizaciones voluntarias a los consumidores que no residen en Alemania<sup>15</sup>. Así, en Europa, los consumidores que han pretendido el resarcimiento de los daños sufridos han tenido que acudir a los tribunales de justicia.

5. En los distintos países europeos se han planteado tanto demandas individuales como colectivas, que han utilizado diferentes bases jurídicas, interponiéndose tanto acciones de naturaleza extracontractual como contractual<sup>16</sup>. Ninguna de las opciones ha sido sencilla ni ha tenido

---

13 *Vid.* una panorámica de la litigación en Estados Unidos, Canadá, Australia, Alemania, Países Bajos y Chile en HENSLER, D.R. y otros, *The Globalization of Mass Civil Litigation. Lessons from the Volkswagen “Clean Diesel” Case*, RAND Corporation, 2021, disponible online en [https://www.rand.org/pubs/research\\_reports/RR917-1.html](https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR917-1.html), pp. 25-57; en relación con los procedimientos en Alemania y en Estados Unidos, *vid.* ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, “El “dieselgate” ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva”, *InDret*, 2020, núm. 3, pp. 25-58, pp. 31-35.

14 La compañía justifica la diferencia a partir de los distintos niveles máximos de emisiones de óxido de nitrógeno permitidos en Estados Unidos y Europa, *vid.* MORENO CORDERO, G., “La justicia adversarial frente a las nuevas tendencias en la resolución alternativa de daños masivos a los consumidores. El ajuste al modelo español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, Nº 1, 2023, pp. 666-688, p. 668.

15 *Vid.* [https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/coordinated-actions/dieselgate\\_es](https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/coordinated-actions/dieselgate_es). En Alemania se ha cerrado un acuerdo promovido por la Federación de Organizaciones de Consumidores Alemanes, que afecta solamente a las víctimas alemanas del caso, con indemnizaciones que oscilan entre los 1.350 y los 6.257 euros, según el modelo y año de fabricación del vehículo. *Vid.* POCH, A., “Dieselgate: la responsabilidad directa...”, *cit.*, p. 12

16 Entre los numerosos artículos doctrinales sobre las diferentes vías empleadas en España, *vid.* BONACHE-RA VILLEGAS, R., “Una vuelta de tuerca en el caso Dieselgate”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2023; VACAS LARRAZ, J., “Dieselgate: respuesta jurisdiccional”, *Jueces para la democracia*, núm. 92, 2018, pp. 49-61;

garantías de éxito. En un primer momento, la vía más utilizada fue la contractual. Como regla, las demandas contractuales carecen de componente internacional y evitan la puesta en marcha de los mecanismos de Derecho internacional privado, en la medida en que se suelen dirigir contra el concesionario vendedor, normalmente ubicado en el país del domicilio del adquirente. Desde el punto de vista del fondo, estas acciones han planteado problemas, al no ser el concesionario responsable – ni siquiera conocedor – de la instalación del dispositivo prohibido.

Las acciones extracontractuales, pese a las reticencias iniciales, han acabado conduciendo a resultados positivos en varios casos, y de hecho, la STJUE de 21 de marzo de 2023<sup>17</sup> deja claro que el fabricante tiene la obligación de indemnizar a las víctimas de los daños.

Han funcionado bien tanto las demandas basadas en las normas generales de responsabilidad civil<sup>18</sup> como las acciones fundadas en la normativa de competencia desleal, ya que la manipulación del *software* por la compañía puede considerarse una práctica comercial desleal<sup>19</sup>. La última vía, de hecho, ha sido la base utilizada por la demanda colectiva entablada en España por la OCU, con éxito en primera instancia<sup>20</sup>. Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer a primera vista, no son aplicables las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos<sup>21</sup>, ya que la normativa europea armonizada sobre esta materia regula los daños materiales causados *por* el producto, no *en* el producto en sí<sup>22</sup>

---

VIGURI PEREA, A., “La problemática del caso Dieselgate a la luz del derecho civil español y norteamericano”, en ZAMORA CABOT, F.J., SALES PALLARES, L., CHIARA MARULLO, M., (dirs.), *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Thompson Reuters Aranzadi, 2022

- 17 STJUE de 21 de Marzo de 2023, *Mercedes-Benz Group*, as. C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229. La Sentencia establece un nexo que vincula al fabricante con el comprador, y ha sido dictada al hilo de una demanda contra Mercedes-Benz, fabricante que también ha utilizado el *software* de ventana de temperaturas. *Vid.* sobre la Sentencia, TAPIA HERMIDA, A.J., “Responsabilidad de los fabricantes de vehículos equipados con dispositivos de desactivación prohibidos frente a los compradores: Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala de 21 de marzo de 2023, as. C-100/21, Mercedes-Benz Group), *La Ley Unión Europea*, núm. 114, 2023; XUEREB, P.G., “Responsabilidad de los fabricantes de vehículos equipados con dispositivos de desactivación”, *La Ley Unión Europea*, núm. 114, 2023.
- 18 Vía poco empleada en nuestro país, debido a su corto plazo de prescripción, de un año: *vid.* VACAS LARRAZ, J., “Dieselgate...”, *cit.*, p. 57
- 19 Según la red de autoridades CPC (Consumer Protection Cooperation), Volkswagen ha llevado a cabo prácticas comerciales desleales que infringen la normativa europea de protección de los consumidores *vid.* “Declaration of the Consumer Protection Cooperation (CPC) Network on the use of defeat device *software* by the Volkswagen Aktiengesellschaft (VW)”, Ref. Ares (2021) 4541653, disponible online en [https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/declaration\\_of\\_the\\_cpc\\_network\\_on\\_vw\\_-\\_final.docx.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/declaration_of_the_cpc_network_on_vw_-_final.docx.pdf), p. 1-2.
- 20 La Sent. del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 25 de enero de 2021, *OCU c. Volkswagen Group España Distribución S.A.*, ECLI:ES:JMM:2021:4, condena a VAESA, distribuidor de Volkswagen en España, a indemnizar a cada uno de los afectados con 3000 euros por los daños y perjuicios causados, tras considerar que la empresa ha llevado a cabo prácticas comerciales desleales que infringen la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, *BOE* núm. 10, de 11 de enero. Tras ser recurrida, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de junio de 2023, núm. 463/2023, ECLI:ES:APM:2023:10297 ha anulado la decisión, por falta de competencia territorial de los tribunales de Madrid – el demandado tiene domicilio en El Prat de Llobregat –, remitiendo las actuaciones a los Juzgados de lo mercantil de Barcelona.
- 21 *Vid.* J. J. VACAS LARRAZ, “Dieselgate...”, *cit.*, pp. 58.
- 22 Hay que tener en cuenta en este sentido el art. 9 b) de la Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados

6. Las demandas extracontractuales se entablan típicamente contra el fabricante, por lo que sí plantean problemas de Derecho internacional privado cuando este tiene domicilio en un país diferente que el adquirente del vehículo<sup>23</sup>. En estos casos, es necesario determinar tanto el tribunal internacionalmente competente como la ley aplicable al fondo del litigio. En la Unión Europea, cuando el fabricante demandado está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial internacional se determina utilizando el Reglamento 1215/2012<sup>24</sup>. El art. 7.2 de este texto legal atribuye competencia judicial internacional en materia delictual o cuasidelictual a los tribunales del “lugar del hecho dañoso”. En las dos Sentencias que se analizan, en los asuntos *VKI* y *FCA Italy*, el TJUE indica cómo debe entenderse dicha expresión en estos casos, en que los actos necesarios para la manipulación del software se han realizado en la sede de la compañía, pero los vehículos se han vendido en toda Europa.

## 2. Las acciones interpuestas en los casos *VKI* y *FCA Italy*

7. Los hechos del asunto que dio lugar a la Sentencia *VKI* responden a un caso “tipo” de reclamación de los daños causados por la manipulación del *software*. Se trataba de un procedimiento iniciado ante los tribunales austriacos en septiembre de 2018 por la asociación de consumidores austriaca *Verein für Konsumenteninformation (VKI)*, en representación de 574 consumidores, adquirentes de vehículos manipulados con un dispositivo de desactivación prohibido según el Reglamento 715/2007 – en particular, con el *software* original de conmutación –. Se solicitaba la declaración de responsabilidad de la compañía alemana Volkswagen AG, y su condena al pago de los daños y perjuicios ocasionados por la instalación del dispositivo. La asociación reclamaba el daño económico sufrido por los consumidores, que “de haber conocido la manipulación en cuestión, o bien no habrían adquirido el vehículo o bien se les habría ofrecido un precio al menos un 30% inferior”.

---

miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, *DOCE* núm. 210, de 7 de agosto de 1985. Este indica que en caso de daños materiales, la normativa se aplica cuando el daño se causa a una cosa “que no sea el propio producto defectuoso” Como indica R. PÉREZ CABANAS, esta exclusión obedece a que en este caso se piensa que la reparación se llevará a cabo a través de la vía contractual, *vid.* “Nuevas perspectivas sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos en el ámbito de la Unión Europea”, *Studia Zamorensia*, vol. XVIII, 2019, pp. 217-233, p. 223. Este art. 9 no se ha visto afectado por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, *DOCE* núm. 141, de 4 de junio de 1999. Por otro lado, aunque en la actualidad se trabaja en la modificación del sistema y existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos [COM(2022) 495 final – 2022/0302 (COD)], el art. 6 de esta expresa con claridad que se siguen exceptuando los daños causados en el propio producto defectuoso.

- 23 Aunque en nuestro país se han obviado en muchos casos los problemas de Derecho internacional privado, reclamando la responsabilidad civil (o incluso los efectos del contrato) al distribuidor nacional, en lugar de al fabricante Volkswagen AG, domiciliado en Alemania.
- 24 Reglamento (UE) núm. 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 en materia civil y mercantil, *DOUE* L 351, de 20 de diciembre de 2012



8. En el caso resuelto por la Sentencia *FCA Italy*, la demanda había sido interpuesta a título individual por un residente austriaco, que había adquirido en 2019 una autocaravana fabricada por FCA Italy SpA (antiguamente, grupo Fiat Chrysler) y equipada con el *software* de “ventana de temperaturas”. Pese a no tratarse de un vehículo fabricado por Volkswagen, el supuesto encaja por completo en el marco del “dieselgate”, al ser Fiat Chrysler uno más de los fabricantes responsables de utilizar dispositivos ilegales según el Reglamento 715/2007. En el caso, la demanda también se dirige contra FPT Industrial SpA, en cuanto fabricante del motor, y se basa, como la anterior, en la responsabilidad extracontractual. La mayor particularidad del asunto es que, aunque el vehículo se había adquirido en un concesionario de automóviles establecido en Alemania, había sido entregado a los adquirentes en el almacén del vendedor situado en Salzburgo (Austria).

9. En ambos casos, el fundamento de la acción introducida ante el órgano jurisdiccional nacional es de carácter delictual. Todo parece indicar, en particular, que las demandas en el proceso de origen se han basado en la normativa establecida con carácter general para la responsabilidad civil. Los casos no acaban de encajar en el marco de la responsabilidad por productos, como ya se ha indicado<sup>25</sup>, y en ninguno de ellos se menciona ninguna norma especial sobre responsabilidad delictual, ni sobre competencia desleal ni sobre otra cuestión.

### **III. EL LUGAR DEL HECHO DAÑOSO EN DEMANDAS EXTRA CONTRACTUALES CONTRA FABRICANTES MANIPULADORES DEL SOFTWARE**

#### **1. Introducción**

10. Ante la disociación entre el lugar de manipulación del vehículo y aquel en que el mismo se pone en manos del adquirente final, la Sentencia del TJUE en el caso *VKI* establece, como regla general, que, a efectos del art. 7.2 RBI bis, el daño se materializa en el lugar de adquisición del vehículo; completando lo anterior, si el contrato de compraventa se celebra en un país diferente de aquel en que se entrega el vehículo, la Sentencia *FCA Italy* considera que el daño se produce en este último.

11. En ambos casos, el punto de partida es la regla de la ubicuidad establecida por la ya clásica STJCE de 30 de noviembre de 1976 en el asunto *Bier/Mines de Potasse d’Alsace*<sup>26</sup>, que permite al demandante litigar, a su elección, ante los órganos jurisdiccionales del lugar donde se ha producido el daño o ante los del lugar del hecho causal que originó el mismo<sup>27</sup>. Ni en el asunto *VKI* ni en el caso *FCA Italy* se discute el lugar del evento generador, considerándose

---

25 *Vid.* a propósito de la Sentencia *VKI*, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Demandas contra fabricantes extranjeros de productos con vicios: determinación del lugar de manifestación del daño”, entrada en su Blog, 9 de Julio de 2020, [https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/07/demandas-contra-fabricantes-extranjeros\\_9.html#more](https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/07/demandas-contra-fabricantes-extranjeros_9.html#more), y MARZAL, T., “Le forum delicti à l’épreuve du Dieselgate”, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, núm. 4, 2021, pp. 872-886, p. 884.

26 STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Bier BV contra Mines de potasse d’Alsace SA*, as. 21/76, ECLI:EU:C:1976:166

27 STJUE *VKI*, apartado 23 y STJUE *FCA Italy*, apartado 26.

que se lleva a cabo en el país donde los vehículos fueron equipados con el *software* ilegal<sup>28</sup>. Sin embargo, no hay que descartar futuras cuestiones sobre el lugar del “acto causal”, por ejemplo, si la decisión de instalar el software se adopta en un Estado – el de la sede de la compañía – diferente del de la manipulación física de los vehículos – donde se fabrica el motor, por ejemplo, o donde se actualiza el software, en el caso de la “ventana de temperaturas” –.

## 2. Un daño inicial, directo y no patrimonial

12. En todo caso, la cuestión realmente problemática en estos casos es la de dónde se entiende materializado el daño. La respuesta a esta pregunta requiere establecer, con carácter previo, si el daño que se reclama es de carácter inicial o consecutivo, directo o indirecto, patrimonial o material<sup>29</sup>. Como se describirá en detalle en los siguientes párrafos, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia – con la finalidad de evitar la conversión *de facto* del art. 7.2 RBI bis en un *forum actoris* – ha ido excluyendo que el foro extracontractual atribuya competencia al tribunal del domicilio del demandante solo por el hecho de haber sufrido allí daños por repercusión, consecuencias adversas posteriores de un daño inicialmente sufrido en otro Estado, o daños meramente patrimoniales. Sí tiene competencia, por el contrario, el tribunal donde se materializa un daño de carácter material, inicial y directo.

13. La mayor parte de los problemas resueltos por la jurisprudencia europea a que nos referimos, se relacionan con casos en que el demandante alegaba haber sufrido un daño de carácter patrimonial o financiero en su domicilio. Desde la Sentencia en el asunto *Dumez France*<sup>30</sup>, el Tribunal de Justicia ha descartado la competencia judicial internacional del tribunal donde el demandante ha experimentado un daño patrimonial, cuando este es consecuencia del perjuicio sufrido en otro Estado por sus víctimas directas. El Tribunal también ha dejado claro que carece de competencia judicial internacional el tribunal del lugar del daño patrimonial cuando este es solo el reflejo o consecuencia de un daño sufrido inicialmente por la víctima en otro lugar: así lo ha indicado en el asunto *Marinari*, en que se trataba de un daño financiero derivado de un daño “inicial” no solo patrimonial sufrido en otro Estado<sup>31</sup>, y en *Kronhofer*<sup>32</sup>, en que el perjuicio económico experimentado por la víctima en su domicilio era consecuencia de una pérdida también patrimonial sufrida en otro Estado. En ambos casos lo relevante es el lugar en que se experimenta el daño inicial del que deriva la pérdida económica, y no dónde se encuentra el patrimonio o la cuenta bancaria de la víctima.

Más adelante, el Tribunal de Justicia se ha enfrentado a casos en que el daño patrimonial no deriva de un daño inicial o directo sufrido en otro Estado, sino que se experimenta directamente en el domicilio de la víctima. En estas circunstancias, en el asunto *Kolassa*, el Tribunal ha admitido la interposición de la demanda ante los tribunales del domicilio del demandante

28 STJUE *VKI*, apartado 24

29 *Vid.* MARZAL, T., “Le *forum delicti* à l’épreuve...”, *cit.*, p. 879.

30 STJUE de 11 de enero de 1990, *Dumez France SA y Tracoba SARL*, as. C-220/88, ECLI:EU:C:1990:8

31 STJCE de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*, as C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289.

32 Sent. de 10 de junio de 2004, *Kronhofer*, as. C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364.

a título de lugar del daño “cuando el daño alegado se materializa directamente en una cuenta bancaria que el demandante tiene en un banco establecido en el territorio de estos tribunales”<sup>33</sup>. El Tribunal de Justicia ha puntualizado después que esta afirmación no debe ser extrapolada a otros casos en que las condiciones son diferentes: en el asunto *Universal Music*, el TJUE ha aclarado que “un daño meramente económico que se materializa directamente en la cuenta bancaria del demandante no puede, por sí solo, ser calificado de punto de conexión pertinente” (...) sino que “solo en el supuesto de que las demás *circunstancias particulares* del asunto contribuyan también a atribuir la competencia al tribunal del lugar donde se haya materializado un daño meramente económico, ese daño podría permitir al demandante, de manera justificada, interponer la demanda ante dicho tribunal”<sup>34</sup>. En la misma línea, en el asunto *Löber*, el TJUE requiere, para que el foro delictual atribuya competencia a los tribunales del domicilio del inversor que alega un perjuicio económico que se produce directamente en su cuenta bancaria, que “las restantes *circunstancias particulares* de tal situación concurran igualmente a atribuir la competencia a esos mismos tribunales”<sup>35</sup>. En este tipo de casos, por tanto, la atribución de competencia al tribunal del lugar donde se sufre el daño patrimonial exige, en principio, que la misma también se justifique por otras “circunstancias particulares” del caso. Más adelante, la Sentencia *VEB* ha matizado esta línea jurisprudencial en un caso de daños sufridos por los inversores en el mercado secundario, haciendo la pieza clave del análisis el país en que la sociedad de inversión está sometida a condiciones legales de publicidad y dejando de lado otras posibles circunstancias<sup>36</sup>.

14. El TJUE califica los daños sufridos en los asuntos *VKI* y *FCA Italy* como directos, iniciales y materiales<sup>37</sup>. En los mismos, es claro que el daño se materializa en el momento de la adquisición y no existe antes de esta, así que se trata de un daño inicial y no de una consecuencia indirecta del sufrido por otra persona<sup>38</sup>. Más dudas genera la cuestión de si se trata de un daño patrimonial o material, tema que el Tribunal resuelve con detalle en el caso *VKI*. En este, el

---

33 STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, as. C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37. El Tribunal considera que en este caso, el domicilio del demandante “constituye efectivamente el lugar (...) de la materialización del daño” a diferencia de lo que sucede en *Kronhofer*, en que tanto el hecho causal como la materialización del mismo están localizados en el territorio de otro Estado miembro diferente de aquel en que el demandante sufre las consecuencias económicas alegadas (apartados 49 y 50)

34 STJUE de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, apartados 37 y 39. La cursiva es nuestra.

35 STJUE de 12 de septiembre de 2018, *Löber*, as C-304/17, ECLI:EU:C:2018:701. La cursiva es nuestra.

36 STJUE 12 de mayo de 2021, *Vereniging van Effectenbezitters*, as. C-709/19, ECLI:EU:C:2021:377. *Vid.* sobre esta sentencia y sus relaciones con la jurisprudencia anterior sobre daño financiero puro, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S., “Información engañosa al inversor. De nuevo sobre la localización del daño puramente financiero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, Nº 1, 2023, pp. 806-826, y ARENAS GARCÍA, R., “Daño económico puro y competencia judicial internacional. La necesaria continuidad entre el hecho generador del daño y el lugar de manifestación del mismo en el art. 7.2 del Reglamento 1215/2012”, *La Ley Unión Europea*, núm. 94, 2021, pp. 1-17

37 La cuestión se resuelve con detalle en la Sent. *VKI*. En el caso *FCA Italy*, el Tribunal se limita a remitirse a la anterior, teniendo en consideración que en este asunto, “no se ha alegado que la naturaleza y la calificación del daño reclamado por el demandante en el litigio principal sean diferentes de las controvertidas en la sentencia *VKI*” (apartado 32)

38 STJUE *VKI*, apartados 30 y 31.

daño reclamado por la Asociación de consumidores era la pérdida de valor de los vehículos que resulta de la diferencia entre el precio efectivamente pagado por el adquirente y su valor real, al menos un 30% inferior debido a la instalación del *software* ilegal. En estas condiciones, no resulta sencillo establecer si el daño es patrimonial o no<sup>39</sup>. El *software* instalado no causa daños físicos o lesiona a los adquirentes, sino que como indica el Tribunal, es un vicio del que adolece el vehículo, que es un bien físico; sobre esta base, el TJUE considera que se trata de un daño material, que no se transforma en patrimonial por expresarse en euros la pretensión de indemnización<sup>40</sup>. Sin embargo, al mismo tiempo, lo cierto es que se está reclamando una cantidad asociada a su pérdida de valor, como indica el Abogado General, que prefiere por ello por la calificación del daño como patrimonial<sup>41</sup>.

### 3. El lugar de adquisición como lugar de manifestación del daño

#### A) EL LUGAR DE ADQUISICIÓN FRENTE A OTRAS OPCIONES

15. Esta calificación del daño como inicial, directo y material es la opción más favorable a los intereses de la víctima<sup>42</sup>: a partir de ella, el TJUE considera en el asunto *VKI* que el daño se materializa en el lugar donde se adquiere el vehículo, abriendo a los compradores la posibilidad de interponer su demanda ante los tribunales de cualquier país europeo donde hayan adquirido un vehículo afectado por uno de los *softwares* ilegales. Pese a las implicaciones positivas de esta solución en favor de las víctimas, como es habitual, el Tribunal no menciona en su razonamiento el principio de *favor laesi*, que desde la Sentencia *Bier* está excluido de la interpretación del precepto<sup>43</sup>.

16. La solución es convincente, aunque la vinculación existente entre el daño y el vehículo abre también la posibilidad de entenderlo sufrido en el lugar de utilización de este<sup>44</sup>. Esta opción no llega a plantearse en *VKI*, pero se añade al debate en el asunto *FCA Italy*. En el último, el *Oberster Gerichtshof* austriaco remitente plantea, entre otras, la alternativa de considerar

---

39 En los comentarios de la Sentencia, se encuentran tanto opiniones a favor de considerar el daño de carácter financiero, *vid.* LEE, J., “Pop goes the diesel! A Case Comment on Case C-343/19 *Verein für Konsumenteninformation v Volkswagen AG*”, *IALS Student Law Review*, vol. 8, 2021-2, pp. 40-43, p. 41, como otras a favor de la interpretación y el razonamiento del TJUE, MARZAL, T., “*Le forum delicti à l’épreuve...*”, *cit.*, p. 881-882.

40 STJUE *VKI*, apartados 33-34.

41 *Vid.* Conclusiones, apartado 37 y 38

42 *Vid.* MARZAL, T., “*Le forum delicti à l’épreuve...*”, *cit.*, p. 878.

43 *Vid.* por todos, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Ilícitos a distancia y daños patrimoniales directos: Del caso *Minas de Potasa de Alsacia* (1976) al caso *Volkswagen* (2020)”, ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J.A. (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Aranzadi, 2021, pp. 987-1022, pp. 1006-1007

44 Llama la atención que el TJUE se esfuerza en dejar claro que se trata de un daño material referido al vehículo, pero a continuación prescinde del último y se centra en el lugar de adquisición, en que el que lo que se sufre más bien es la pérdida financiera *Vid.* M. LEHMANN, “Remaining Questions About CJEU Judgment in *VKI v Volkswagen*”, publicado el 26 de agosto 2020 en *The EAPIL blog*, disponible online en <https://eapil.org/2020/08/26/remaining-questions-about-cjeu-judgment-in-vki-v-volkswagen/>

como lugar del hecho dañoso aquel “donde se ha materializado el vicio del bien constitutivo del daño, y por lo tanto, el lugar de utilización del vehículo conforme a su destino”<sup>45</sup>. La opción introducida por el *Oberster Gerichtshof* va en la línea de la solución dictada en el marco de la responsabilidad por productos en la Sentencia *Zuid-Chemie*<sup>46</sup>, en la que se considera como lugar del daño aquel “donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está destinado”. En las demandas en el marco del “dieselgate”, el lugar donde se utiliza el vehículo para la finalidad a que se destina es el lugar principal de conducción, donde se utiliza habitualmente. Sin embargo, ni los asuntos que aquí se contemplan encajan en la responsabilidad por productos<sup>47</sup>, ni la solución expuesta cumple con los objetivos del Reglamento. El TJUE la descarta con razón en el asunto *FCA Italy*: el criterio no cumple el objetivo de previsibilidad, debido a su carácter móvil, y se aleja de la idea en que se basa la Sentencia *VKI* de que el daño se materializa desde el momento de la entrega del bien<sup>48</sup>.

## B) VALORACIÓN DEL LUGAR DE ADQUISICIÓN AL HILO DE LOS OBJETIVOS DEL RBI BIS

17. El tribunal del lugar de adquisición tiene competencia judicial internacional en sí mismo, sin que haya que valorar otras circunstancias, ya que se trata de un daño inicial, directo y material. No es preciso llevar a cabo el análisis de las “otras circunstancias particulares” que sí sería necesario, de acuerdo con las Sentencias *Löber* y *Universal Music*, si el daño fuera puramente patrimonial. No obstante, el análisis al que somete el Tribunal al daño material no difiere gran cosa del que hubiera realizado para el daño patrimonial<sup>49</sup>, ya que se detiene en constatar que su solución es adecuada desde el punto de vista de los principios de previsibilidad, proximidad y buena administración de justicia, analizando también las relaciones *forum-ius*. Merece la pena detenerse a continuación en estos aspectos.

18. En primer lugar, el Tribunal considera razonable el foro desde la perspectiva del principio de proximidad, ya que el tribunal del lugar de adquisición tiene fácil acceso a los medios de prueba necesarios para valorar el importe de los daños según las condiciones del mercado<sup>50</sup>.

En segundo término, el foro también satisface, según el TJUE, el principio de previsibilidad. El fabricante puede esperar razonablemente ser demandado en el Estado de adquisición<sup>51</sup>: al haber contravenido deliberadamente las prescripciones legales impuestas, debe esperar que el

---

45 *Vid.* STJUE *FCA Italy*, apartado 18

46 STJUE de 16 de Julio de 2009, *Zuid-Chemie*, as. C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475

47 *Vid. supra* numeral 6

48 STJUE *FCA Italy*, apartado 42

49 *Vid.* MARZAL, T., “*Le forum delicti à l’épreuve...*”, *cit.*, p. 885: de hecho, el Tribunal llega a una solución similar a la propuesta por el Abogado General que sí realiza un análisis de “las circunstancias particulares” del asunto, que le conduce a corroborar la competencia de los tribunales austriacos del lugar de adquisición. *Vid.* apartados 76-80 de sus Conclusiones.

50 STJUE *VKI*, apartado 38.

51 STJUE *VKI*, apartado 36

daño se produzca en ese país<sup>52</sup>. Esta vinculación que realiza el TJUE entre conducta ilegal y previsibilidad no acaba de resultar convincente en el marco del RBI bis, ya que supone, hasta cierto punto, una atribución de competencia a partir de una base punitiva<sup>53</sup>; el razonamiento del Tribunal sí deja claro, sin embargo, que el responsable del traslado de la internacionalidad a otro país es el demandado.

Quizás hubiera sido conveniente, a la hora de argumentar la previsibilidad, insistir adicionalmente en la importancia del criterio de la comercialización, en la línea de las Conclusiones del Abogado General. El TJUE se limita a indicar que el fabricante que “perpetra manipulaciones ilícitas en vehículos *comercializados* en otros Estados miembros puede esperar razonablemente ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de estos Estados”<sup>54</sup>. Frente a esto, resulta mucho más clara la afirmación del Abogado General cuando señala que “un fabricante de vehículos como Volkswagen está en condiciones de prever, con facilidad, que sus vehículos se comercializarán en Austria”<sup>55</sup> (y por tanto serán adquiridos por consumidores de ese Estado).

19. Por último, el Tribunal analiza el foro del lugar de adquisición desde la perspectiva de las relaciones *forum-ius*. Ubicando el caso en el marco de las acciones por daños derivados de actos de competencia desleal, el TJUE considera que el foro satisface las exigencias de coherencia con el Reglamento de Roma II<sup>56</sup>, cuyo art. 6.1 establece la aplicación de “la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados”. Según el Tribunal, un acto como el enjuiciado, puede afectar a los intereses de los consumidores en todo Estado miembro en que hayan adquirido el producto defectuoso<sup>57</sup>.

Llama la atención que el Tribunal sitúe el asunto en el ámbito de la competencia desleal cuando no se desprende de los autos que esta fuera la base jurídica de la demanda<sup>58</sup>. Quizás con esto el TJUE se quiere asegurar de que el foro empleado es conveniente en estos casos, ya que las reclamaciones en el marco del “dieselgate” pueden llegar a encauzarse con éxito por la vía de la competencia desleal<sup>59</sup>. A través de este recurso, además, se pone de relieve el componente de “fraude” que acompaña la actuación del fabricante demandado. También sorprende que el Tribunal indique que “según el Reglamento Roma II, el lugar donde se produce el daño será

52 STJUE *VKI*, apartado 37: “En efecto, contraviniendo deliberadamente las prescripciones legales que se le imponen, tal fabricante debe esperar que el daño se produzca en el lugar donde se ha adquirido el vehículo en cuestión por una persona que podía estimar legítimamente que el vehículo era conforme a tales prescripciones y que constata a continuación que dispone de un bien defectuoso y de menor valor”

53 *Vid.* LEE, J., “Pop goes the diesel!...”, *cit.*, p. 42 y MARZAL, T., “Le *forum delicti* à l’épreuve...”, *cit.*, p.885

54 Sentencia *VKI*, apartado 36. La cursiva es nuestra.

55 Conclusiones, apartado 80.

56 Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de Julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), *DOUE* L 199/40, de 31 de julio de 2007.

57 STJUE *VKI*, apartado 39

58 *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Demandas contra fabricantes...”, *cit.* M. LEHMANN califica como un “misterio” la mención realizada por el TJUE a las normas de competencia desleal, *vid.* “Remaining Questions...”, *cit.*

59 *Vid. supra*, numeral 6

el lugar en que se haya adquirido tal producto”<sup>60</sup>, cuando realmente el art. 6.1 no se refiere de forma directa al lugar del daño, sino al país donde los intereses colectivos de los consumidores puedan resultar afectados<sup>61</sup>.

20. En conclusión, el criterio satisface adecuadamente los objetivos del Reglamento, aunque hay que indicar que, si se presenta aislado de otros elementos, como la comercialización o el lugar de utilización, puede perder fuerza. Por ejemplo, si el vehículo se adquiere en un Estado en el que no ha sido comercializado (por ejemplo, en una venta de segunda mano) la previsibilidad del foro queda socavada y puede ser necesario reconsiderar el criterio de la adquisición<sup>62</sup>. En todo caso, en un mercado del automóvil fuertemente globalizado, en que la mayoría de los fabricantes comercializan sus vehículos en toda la Unión Europea, la crítica tiene una importancia práctica relativa. También pierde vinculación con el caso el lugar de adquisición si se desliga del lugar de utilización principal del vehículo o del domicilio del adquirente<sup>63</sup>. Aunque, como ya se ha visto, la volatibilidad del criterio de lugar de adquisición impide tenerlo en cuenta como foro de competencia judicial en sí mismo, no hay que descartar su relevancia en conexión con otros<sup>64</sup>, incluida la comercialización.

#### **4. Disociación entre lugar de celebración del contrato y lugar de entrega**

21. Por otro lado, la STJUE en el asunto *VKI* deja sin resolver a qué se refiere exactamente con lugar de adquisición del producto<sup>65</sup>. Esta noción es ambigua, y suscita dificultades si no coincide el lugar donde se formaliza la venta con el de entrega del vehículo. Completando lo previsto en *VKI*, el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión en el asunto *FCA Italy* en favor del lugar de entrega

22. En *FCA Italy*, igual que en *VKI*, y como ya se ha indicado, lo que se debate es dónde se ha materializado el daño, sin que suscite dudas el lugar del evento generador. Como es habitual,

---

60 STJUE *VKI*, apartado 39

61 *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Demandas contra fabricantes...”, *cit.*

62 *Vid.* LEE, J., “Pop goes the diesel!...”, *cit.*, p. 42 y LEHMANN, M. “Remaining Questions...”, *cit.*; *vid.* esta idea a propósito de la Sent. *FCA Italy* en LEHMANN, M., “The Never-Ending Diesel Saga –CJEU Rules in *MA v FCA Italy et al.*”, publicado el 3 de abril de 2024 en *The EAPIL blog*, disponible online en <https://eapil.org/2024/04/03/the-never-ending-diesel-saga-cjeu-rules-in-ma-v-fca-italy-et-al/>.

63 *Vid.* ANDREEVA ANDREEVA, V., “Volkswagengate: competencia judicial internacional en caso de daños extracontractuales causados por productos defectuosos”, *La Ley: Unión Europea*, núm. 86, noviembre 2020, pp. 1-16, p. 9: esta autora señala que el TJUE no entra a analizar si la solución es aplicable a los casos en que el vehículo se adquiere en un país diferente de aquel en que se conduce, situación que se plantea fácilmente en un mercado sin fronteras como el europeo

64 M. LEHMANN, comentando las Conclusiones del Abogado General en el asunto *VKI*, consideraba que había que tomar en consideración una combinación de factores, incluyendo el criterio de utilización principal del vehículo, “Where did economic loss occur in the VW Emissions Case?”, publicado el 17 de abril de 2020 en *The EAPIL blog*, disponible online en <https://eapil.org/2020/04/17/where-did-economic-loss-occur-in-the-vw-emissions-case/>.

65 Como ya habían señalado a propósito de esta, LEHMANN, M., “Remaining Questions...”, *cit.*, y MARZAL, T., “Le *forum delicti* à l’épreuve...”, *cit.*, p. 882

el TJUE parte de una interpretación autónoma del art. 7.2 RBI bis<sup>66</sup>, desligada del significado del concepto “adquisición del producto” en las distintas normativas nacionales. No es relevante, por lo tanto, el sistema que siga cada ordenamiento europeo sobre el momento en que se transmite la propiedad (si se requiere un título válido, si la transmisión se produce con el traslado posesorio, o si son necesarios título y modo)<sup>67</sup>.

El TJUE analiza los criterios propuestos por el *Oberster Gerichtshof* remitente para solucionar la cuestión, a saber, lugar de celebración del contrato, lugar de entrega del vehículo, y lugar donde se ha materializado el vicio del bien constitutivo del daño, esto es, el lugar de utilización del vehículo conforme a su destino.

23. El TJUE considera que cuando la firma del contrato de compraventa se produce en un Estado diferente de aquel donde se entrega y utiliza el vehículo, el lugar de materialización del daño es el de entrega del vehículo. Alcanza tal conclusión tras descartar de forma acertada el antes examinado lugar de utilización del vehículo<sup>68</sup>, así como el lugar de celebración. Tomar en consideración este último supondría utilizar un criterio vinculado con el contrato en el marco de un precepto dedicado a la responsabilidad extracontractual como el art. 7.2 RBI bis<sup>69</sup>; un criterio, por otro lado, abandonado ya hace tiempo en materia contractual debido a su carácter arbitrario y fácilmente manipulable<sup>70</sup>.

Recordando que no se trata de daños económicos, el Tribunal de Justicia rechaza también la competencia del tribunal del lugar donde nace la obligación de pagar la diferencia entre el precio satisfecho por el consumidor en el momento de la compra y su valor real<sup>71</sup>. Esta opción no aparecía entre las propuestas por el *Oberster Gerichtshof*, y no se entiende bien por qué la trae a colación el Tribunal, habida cuenta de la complejidad añadida que supondría tener que determinar donde nace la obligación de pago.

---

66 *Vid.* STJUE *FCA Italy*, apartado 23. La práctica totalidad de la jurisprudencia del TJUE establece la necesidad de una interpretación autónoma de los conceptos del Reglamento. Basta con destacar aquí la Sentencia de 19 de octubre de 2017, *Merck*, C-231/16, ECLI:EU:C:2017:771, que indica que las disposiciones del Derecho de la Unión que no contengan una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros deben interpretarse de forma autónoma (apartado 26)

67 El *Oberster Gerichtshof* indicaba que en Derecho austriaco, la adquisición de un derecho de propiedad sobre un bien mueble requiere el título y el modo, produciéndose solamente en el momento y lugar de entrega del bien, pero a continuación descartaba una interpretación “nacional” del precepto, que sería contraria al carácter autónomo del concepto en el Derecho de la Unión (apartado 15 Sentencia *FCA Italy*)

68 *Vid. supra*, numeral 17. El lugar de utilización del vehículo realmente no encaja dentro del concepto “lugar de adquisición” a que se refería la Sentencia *VKI*. Es un elemento nuevo, introducido por el órgano jurisdiccional remitente, que podría haber dado pie al TJUE para revisar la última Sentencia, cosa que el Tribunal no hace

69 Sent. *FCA Italy*, apartado 37

70 *Vid.* MARZAL, T., “Le *forum delicti* à l’épreuve...”, *cit.*, p. 883, que en su comentario a la Sent. *VKI* anticipaba los problemas que puede plantear el criterio del lugar de adquisición del vehículo. Como indica M. LEHMANN, sería paradójico que un criterio excluido en gran medida para las obligaciones contractuales regresara para las extracontractuales, *vid.* “Where did economic loss occur...”, *cit. Vid.* las deficiencias del criterio “lugar de celebración del contrato” en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La Ley aplicable a los contratos internacionales en la historia de los conflictos de leyes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, Nº 1, 2023, p. 161-221, p. 179.

71 STJUE *FCA Italy*, apartado 38



24. Para fundar la competencia del tribunal del lugar de entrega, el TJUE se apoya en lo establecido en el apartado 27 de la Sentencia *Zuid-Chemie*, que considera como lugar de materialización del daño “aquel donde el hecho generador despliega sus efectos perjudiciales, es decir, aquel donde el perjuicio ocasionado por el producto defectuoso se manifiesta de forma concreta”. Aparentemente, el TJUE deduce de lo anterior que en este caso el lugar de materialización del daño es “aquel en que el vicio de que adolece dicho vehículo, a saber, la instalación del dispositivo ilegal (...) se materializa y despliega sus efectos para el comprador final, es decir, el lugar en el que se le entregó el vehículo”.

Además de que la opción por el lugar de entrega se justifica sin necesidad de recurrir a la jurisprudencia *Zuid-Chemie*, la mención de esta Sentencia no nos parece conveniente, y ello por dos motivos. En primer lugar, un caso como este en que se reclaman los daños sufridos por el propio vehículo responde a parámetros diferentes de los que rigen la responsabilidad por productos<sup>72</sup>. Es cierto que tanto en el asunto del “dieselgate” como en los casos de responsabilidad por productos se entrega a un tercero un producto que puede considerarse defectuoso. Pero entre las dos series de supuestos, hay una diferencia fundamental que afecta claramente a la determinación de la competencia judicial internacional: en el marco de la responsabilidad por productos (por ejemplo, en *Zuid-Chemie*), lo que se reclaman son los daños causados *por* el producto defectuoso en otros bienes o personas, así que lo relevante es dónde estos se sufren; sin embargo, en los asuntos relacionados con el “dieselgate” como *VKI* y *FCA Italy*, la indemnización se pide por los daños causados *en el* producto que adolece de un vicio, que son, por tanto, los que adquieren importancia al determinar la competencia judicial internacional. En segundo lugar, utilizar el asunto *Zuid-Chemie* para justificar la competencia del tribunal del lugar de entrega no es coherente: en el último caso, el Tribunal de Justicia se decantó por el tribunal del lugar donde sobreviene “el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto” en lugar de por el tribunal del lugar de entrega, que era otra de las opciones barajadas.

25. La opción por el lugar de entrega satisface correctamente el principio de previsibilidad, como argumenta el TJUE de forma muy similar a lo indicado en el asunto *VKI*: el fabricante puede esperar “ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en los que los vehículos comercializados hayan sido entregados a los adquirentes finales”<sup>73</sup>. Por los motivos ya señalados al hilo de *VKI*, hubiera resultado oportuno hacer una mención más contundente a la comercialización del producto a la hora de justificar la previsibilidad<sup>74</sup>.

26. En consecuencia, el criterio elegido por el Tribunal es adecuado con carácter general, por lo menos si la entrega se produce en un país en que el fabricante comercializa vehículos. No obstante, la opción por el lugar de entrega no está exenta de críticas. Al fin y al cabo, supone utilizar un criterio que se emplea como foro de competencia judicial internacional por el art. 7.1.b), regla primera del RBI bis para los contratos de compraventa de mercancías “contratualizando” el lugar del daño. Esto difumina la distinción entre responsabilidad contractual y

---

72 *Vid. supra*, numeral 6

73 STJUE *FCA Italy*, apartado 41.

74 *Vid. supra*, numeral 19

extracontractual que se desprende de los arts. 7.1 y 7.2 del Reglamento, y puede incluso llegar a violar el principio *res inter alios acta*<sup>75</sup>. Ciertamente, no obstante, que en algunas de las demandas en el marco del “dieselgate” se han desdibujado los límites entre el ámbito contractual y extracontractual<sup>76</sup>

Por otra parte, tampoco hay que descartar supuestos en que el lugar de entrega carezca de vinculación real con el caso<sup>77</sup> y cabe recordar que este criterio ha planteado problemas de interpretación en el marco del art. 7.1.b) RBI bis, aunque en principio no es esperable que se vayan a producir también en este ámbito. En particular, al haberse optado de forma específica por la competencia del tribunal del lugar de entrega *al adquirente* queda directamente solucionado el problema al que se enfrentó el Tribunal en el caso *Car Trim*<sup>78</sup>.

#### IV. VALORACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA REPARACIÓN COLECTIVA DE LOS DAÑOS

##### 1. Pluralidad de lugares de adquisición o de entrega y acciones colectivas de reparación

27. Las dos Sentencias facilitan a los afectados del caso “dieselgate” la posibilidad de litigar ante sus propios tribunales. Eso es positivo en la medida en que contribuye a evitar la impunidad de los fabricantes que manipulan el *software* de sus vehículos para defraudar la normativa

---

75 *Vid.* LEHMANN, M., “The Never-Ending Diesel Saga...”, *cit.*

76 Hay que mencionar en ese sentido, dos Sentencias muy comentadas del TS español, que a partir de una reinterpretación del principio de relatividad del contrato, han extendido la posibilidad de emprender la acción contractual basada en el incumplimiento contra dos sujetos no vinculados contractualmente con el comprador: el fabricante y el distribuidor. Se trata de la STS 735/20, de 11 de marzo, ECLI: ES:TS:2020:735, y STS 561/2021, de 23 de julio, ECLI: ES:TS:2021:3068. Para llegar a esa conclusión, el TS tiene en consideración la gran vinculación existente en el mercado del automóvil entre distribuidores, concesionarios y compradores finales, así como la fidelidad de estos a la marca, más que al concesionario. Esto hace que en la realidad social actual, en opinión del TS, no se puedan separar contratos estrechamente conexos entre sí, sino que hay que tener en cuenta la operación jurídica unitaria de distribución del automóvil desde su fabricación hasta la entrega al comprador final. De lo anterior, el TS deduce la responsabilidad de fabricante y distribuidor, solidaria con la del vendedor, de asegurar que el bien puesto en el mercado reúna las características técnicas anunciadas por el fabricante. Hay que insistir en que no se trata de exigir la responsabilidad extracontractual de fabricante y distribuidor, sino que lo que hace el TS es admitir la legitimación pasiva de estos en demandas de carácter contractual. *Vid.* JUÁREZ TORREJÓN, A., “La responsabilidad directa del productor ante el consumidor: “dieselgate” (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2020, de 11 de marzo)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 96, núm. 781, 2020, pp. 3158-3187, pp. 3177

77 Como indica M. LEHMANN, puede coincidir el lugar de celebración del contrato con el de utilización, pero realizarse la entrega en el extranjero para ahorrar impuestos, *vid.* “The Never-Ending Diesel Saga...”, *cit.*

78 En este caso de “venta por correspondencia”, se interrogaba al TJUE sobre si debía preferirse, a efectos del art. 5.1.b) el lugar de entrega material al comprador o el lugar en que las mercancías se entregan al primer transportista para su transmisión al comprador. Según la STJUE de 25 de febrero de 2010, *Car Trim*, C-381/08, ECLI:EU:C:2010:90, si resulta imposible determinar sobre la base del contrato el lugar de entrega, hay que optar por aquel “de la entrega material de las mercancías, en virtud del cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa”. En el asunto *FCA Italy*, el TJUE ha señalado que la competencia corresponde al tribunal de la entrega al adquirente, así que no se plantea la duda indicada.

sobre emisiones. En este sentido, las Sentencias funcionan bien si se trata de demandas planteadas a título individual contra el fabricante. No sucede lo mismo, por el contrario, en el caso de las demandas colectivas interpuestas por una Asociación de consumidores. Cuando esta reclama los daños sufridos por consumidores que han adquirido – o recibido – sus vehículos en diferentes Estados – o en diferentes demarcaciones territoriales internas –, la solución del TJUE no permite concentrar las demandas ante el tribunal del lugar del daño. El tribunal de adquisición o de entrega solo tiene competencia para conocer de los daños locales<sup>79</sup>, así que en el marco del RBI bis, en las demandas colectivas solo queda la posibilidad de agrupar las demandas ante el tribunal del domicilio del demandado o el del lugar del evento generador.

28. La crítica no es baladí, dada la gran relevancia que alcanzan las acciones colectivas en casos de daños masivos como el asunto del “dieselgate”; además, el problema se agrava, por afectar también a la determinación de la competencia territorial interna. Piénsese, en primer lugar, en la importancia que cobran las demandas colectivas en el ámbito internacional en este tipo de casos. En el asunto del “dieselgate” ha destacado en particular el papel que ha asumido una Fundación neerlandesa sin ánimo de lucro, la *Dieselgate Emissions Justice Foundation*, que lleva años poniendo en marcha acciones colectivas en representación de los consumidores afectados en todo el continente europeo<sup>80</sup>. Hasta ahora, la Fundación ha interpuesto, siempre ante los tribunales holandeses y siempre representando a adquirentes de vehículos en Países Bajos y en otros Estados europeos, demandas contra Volkswagen, Mercedes Benz, FCA, Opel, Peugeot y Citroën, entre otros. La decisión del TJUE en el asunto *VKI* ha tenido como consecuencia la rebaja de los iniciales ambiciosos objetivos de la Fundación: sobre la base del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, diferentes Sentencias del Tribunal de Distrito de Ámsterdam han rechazado la competencia de los tribunales holandeses en relación con los propietarios que no adquirieron el vehículo en Países Bajos<sup>81</sup>

29. En segundo lugar, el problema se agrava en la medida en que el art. 7.2 RBI bis no solo es un foro de competencia judicial internacional, sino que también atribuye competencia territorial interna. Esto obliga a determinar ante qué órgano jurisdiccional nacional debe interponerse la demanda cuando una asociación representa a consumidores que han adquirido – o recibido – el vehículo en diferentes demarcaciones territoriales a nivel interno. Aunque no se

---

79 Al hilo de la Sent. *VKI* y aplicando las soluciones comúnmente utilizadas en caso de daños plurilocalizados, *vid.* RUIZ RODRIGUEZ, R., “Acción colectiva europea y Derecho internacional privado a raíz de la demanda interpuesta en Países Bajos por la *Dieselgate Emissions Justice Foundation*”, *AEDIPr*, t. XXI, 2021, pp. 405-429, pp. 420

80 *Vid.* sobre la iniciativa, *ibid.*, 405-429. Puede consultarse la amplia información acerca de las demandas ya planteadas por la Asociación y sus resultados en su página web: <https://www.emissionsjustice.com/>

81 Es el caso de la Sentencia del Tribunal de Ámsterdam de 30 de marzo de 2022, caso C/13/681190/HA 20-299, ECLI:NL:RBAMS:2022:1541 (Volkswagen) y de la Sentencia del Tribunal de Ámsterdam de 22 de julio de 2022, caso C/13/686493 / HA ZA 20-697, ECLI:NL:RBAMS:2022:3586 (Mercedes Benz). Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 30 de marzo de 2022, caso núm. C/13/688861 / HA ZA 20-881, ECLI:NL:RBAMS:2022:1542 (FCA) sí atribuye competencia judicial internacional a los tribunales holandeses en la demanda dirigida contra FCA Países Bajos, FCA Italia y otras sociedades del grupo, a partir del foro de la pluralidad de demandados, al estar radicado en Países Bajos el grupo FCA, reemplazado tras fusionarse con el grupo francés PSA, por el grupo Stellantis, con sede en Ámsterdam.

analizó por el TJUE, esta cuestión ya surgía en el asunto *VKI*<sup>82</sup>, puesto que la demanda colectiva interpuesta por la asociación incluía a consumidores adquirentes en diferentes lugares en Austria<sup>83</sup>. La Sentencia *Volvo*<sup>84</sup> ha indicado que no se pueden aplicar criterios de atribución de competencia territorial diferentes de los previstos en el art. 7.2 RBI bis, sin que esto se oponga a que un Estado miembro decida atribuir el conocimiento de una clase determinada de litigios a un único tribunal<sup>85</sup>, creando una jurisdicción especializada. Ahora bien, a falta de esta última, ¿es posible determinar un único “lugar de materialización del daño” a nivel nacional? De no ser así, se pierde la posibilidad de concentrar las demandas ante un único órgano jurisdiccional del Estado de adquisición, quedando solo la opción de demandar conjuntamente ante el tribunal del evento generador o del domicilio del demandado, esto es, en un país extranjero.

## 2. La determinación de la competencia judicial internacional en las acciones de representación previstas en la Directiva 2020/1828

30. La falta de adecuación del art. 7.2 del RBI bis a las acciones colectivas es especialmente grave si se tiene en cuenta que la Directiva 2020/1828 sobre acciones de representación para los intereses de los consumidores<sup>86</sup> no contiene disposiciones de Derecho internacional privado (ni de competencia judicial internacional ni de ley aplicable)<sup>87</sup> que establezcan soluciones adaptadas en estos casos. Así, en las acciones que derivan de la Directiva, el texto legal aplicable para determinar el tribunal internacionalmente competente sigue siendo el Reglamento 1215/2012<sup>88</sup> con todas las deficiencias señaladas, siempre, naturalmente que la situación encaje en su ámbito de aplicación.

82 *Vid.* ANDREEVA ANDREEVA, V., “Volkswagengate...”, *cit.*, p. 8-9

83 El 18 de enero de 2024 el *Rechtbank* de Ámsterdam ha planteado ante el TJUE una cuestión de interpretación prejudicial que incide sobre este problema (as. C-34/24, *Stichting Right to Consumer Justice y Stichting App Stores Claims*). En el caso, dos Asociaciones neerlandesas de defensa de los consumidores solicitan ante el *Rechtbank* de Ámsterdam el resarcimiento de daños supuestamente sufridos en distintas demarcaciones territoriales dentro de Países Bajos por consumidores neerlandeses con domicilio en diferentes lugares del país. El órgano jurisdiccional remitente pregunta al TJUE cómo debe interpretarse el art. 7.2 RBI bis a la hora de establecer la competencia territorial interna y plantea si el Reglamento se opone a la aplicación de una normativa nacional (la WAMCA) que permite la designación de un único órgano jurisdiccional nacional en estos casos. Al ser el demandante una persona jurídica que defiende intereses colectivos, el *Rechtbank* plantea la posibilidad de que el domicilio de la persona jurídica constituya un criterio de conexión para determinar la competencia para todo el Estado. Sin embargo, hasta ahora, el TJUE ha considerado en la Sent. *VEB* que el carácter colectivo de una acción en sí mismo, “no es determinante para establecer el lugar en el que se ha producido el hecho dañoso” (apartado 36)

84 *Vid.* STJUE de 15 de julio de 2021, *Volvo y otros*, as. C-30/20, ECLI:EU:C:2021:604.

85 STJUE *Volvo*, apartados 34 y 35.

86 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 por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* núm. 409, de 4 de diciembre de 2020.

87 El art. 2.3 de la Directiva indica que la misma “se entiende sin perjuicio de las normas de la Unión en el ámbito del Derecho internacional privado, en particular las relativas a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales”.

88 Al que remite de forma expresa el Considerando 21 de la Directiva

31. La elaboración de la Directiva ha obedecido, entre otros motivos, a la necesidad de buscar soluciones eficientes en casos como el “dieselgate” en que se produce una vulneración masiva de los derechos de consumidores de múltiples Estados<sup>89</sup>. Sin embargo, las interesantes posibilidades que la norma abre en relación con las acciones colectivas transfronterizas no se acompañan de reglas apropiadas de competencia judicial internacional que faciliten su interposición.

La Directiva se articula en torno a un modelo europeo de acciones de representación, alejado del modelo americano de *class actions*<sup>90</sup>, y en que la representación de los consumidores queda a cargo de las entidades expresamente habilitadas por los Estados. Para los casos internacionales, la Directiva contempla la posibilidad de acciones transfronterizas, que podrán ser interpuestas ante tribunales o autoridades administrativas de otros Estados miembros por entidades específicamente habilitadas para ello<sup>91</sup>. Las acciones son transfronterizas, en el sistema de la Directiva, cuando la acción se ejercita en un Estado diferente de aquel que ha habilitado a la entidad<sup>92</sup>. Hay que destacar que la definición del carácter transfronterizo de la acción depende en exclusiva del criterio indicado, de forma que se consideran nacionales las acciones de representación ejercidas en el Estado que haya habilitado a la entidad, aunque el asunto tenga cualquier otro elemento de internacionalidad, como la ubicación en otro Estado del domicilio del demandado o del lugar del daño<sup>93</sup>.

Debido a lo anterior, los problemas de Derecho internacional privado (y por tanto de competencia judicial internacional) no solo se plantean en las acciones que son transfronterizas

---

89 *Vid.* CHOCRON GIRÁLDEZ, A.M., “El marco jurídico de la Directiva 2020/1828 en relación con la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 275-293, pp. 277-278. De hecho, en la propuesta original de la Directiva de 2018 (COM/2018/184 final – 2018/0089 (COD) de 11 de abril de 2018, se señala de forma específica que la propuesta servirá para que las víctimas de prácticas desleales engañosas puedan obtener medidas correctoras colectivamente en un escenario como el del “dieselgate”.

90 *Vid.* GONZÁLEZ, B.A., “Las nuevas acciones resarcitorias de representación y los daños civiles de defensa de la competencia”, *Almacén de Derecho*, 27 de enero de 2023, disponible online en <https://almacendederecho.org/las-nuevas-acciones-resarcitorias-de-representacion-y-los-danos-civiles-de-defensa-de-la-competencia>

91 Los criterios que debe cumplir una entidad para ser habilitada para el ejercicio de acciones de representación transfronterizas se detallan en el art. 4.3 de la Directiva. Su art. 6.1 establece que los Estados miembros velarán porque las entidades habilitadas para ello en otro Estado miembro puedan ejercitar acciones de representación transfronterizas ante sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas y el art. 6.3 asegura el reconocimiento de la legitimación procesal de estas entidades en otros Estados, en la línea seguida por el Considerando 32, según el cual “debe garantizarse el reconocimiento mutuo de la legitimación procesal de las entidades habilitadas designadas para ejercitar acciones de representación transfronterizas”.

92 El art. 3.7 de la Directiva define la acción de representación transfronteriza como aquella “ejercitada por una entidad habilitada en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada”.

93 Según el art. 3.6, una acción de representación nacional es la “ejercitada por una entidad habilitada en el Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada”. Completando esto, el Considerando 23 aclara que “cuando una entidad habilitada ejercite una acción de representación en el Estado miembro en el que haya sido designada, dicha acción debe considerarse una acción de representación nacional, aun cuando se ejercite frente a un empresario domiciliado en otro Estado miembro o mediante dicha acción se represente a consumidores de varios Estados miembros”.

según la Directiva, sino también en otras que esta considera domésticas<sup>94</sup>. En ambos casos, como ya se ha indicado, se utilizará el Reglamento de Bruselas I bis para determinar la competencia judicial internacional, siendo aplicables diferentes foros según la situación. En primer lugar, una entidad habilitada para ello puede interponer una acción de representación transfronteriza en otro Estado, y lo más previsible es que lo haga en el país de domicilio del demandado con base en el art. 4 RBI bis. Pero en segundo lugar, la entidad en cuestión puede preferir interponer la demanda ante sus propios tribunales. En este caso, aunque la acción es doméstica en el sentido de la Directiva, el elemento de internacionalidad y el necesario recurso a las normas de competencia judicial internacional puede venir dado por la localización del domicilio del demandado, el lugar del evento generador, o ambos, en otro país. La competencia del tribunal de la entidad podrá fundarse en el *forum damni*, pero solamente en relación con los daños localmente sufridos en dicho Estado. Si la entidad representa los intereses de consumidores que han sufrido daños en varios Estados, la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *VKI* y *FCA* no le permite hacerlo eficazmente ante el tribunal del daño<sup>95</sup>, sino que es necesario recurrir al foro del domicilio del demandado o, en su caso, del único lugar del evento generador.

32. La Directiva también se refiere al posible ejercicio de una acción de representación en un único Estado miembro por entidades habilitadas de diferentes Estados que actúan de forma conjunta, siempre “de conformidad con las correspondientes normas en materia de competencia judicial internacional”<sup>96</sup>. El Reglamento de Bruselas I bis permite perfectamente plantear una demanda coordinada de este tipo ante el tribunal del domicilio del demandado, o ante el tribunal de un único lugar del evento generador; sin embargo, como se está viendo, en un asunto como el “dieselgate” en que los vehículos se han adquirido en varios Estados, la jurisprudencia del TJUE no permite interponer la demanda ante un único tribunal a título de *locus damni*. No es posible, por tanto, litigar ante el tribunal del daño en un caso en que es altamente probable que los daños se hayan sufrido en diferentes Estados – en otro caso, no parece tener mucho sentido que entidades de diferentes Estados actúen de forma conjunta –, lo que resta eficacia a la posibilidad que se comenta.

33. A la vista de las deficiencias de la regulación actual<sup>97</sup>, puede concluirse que lo más adecuado sería prever nuevos foros de competencia para las acciones colectivas de reparación de los

94 Como indica certeramente L. GARCÍA ÁLVAREZ, “La aplicación en materia ambiental de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. A propósito de la Directiva (UE) 2020/1828”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 2, 2020, pp. 59-110, pp. 91-92. Este completo estudio de la Directiva, aunque se centra en su aplicación en materia ambiental, contiene conclusiones de interés completamente extrapolables a acciones colectivas de otro tipo.

95 A pesar de que, según el art. 4.2 de la Directiva, “los Estados miembros velarán porque las entidades, en particular las organizaciones de consumidores, incluidas las organizaciones de consumidores que representen a miembros de más de un Estado miembro, puedan ser designadas como entidad habilitada para ejercitar acciones de representación nacionales o transfronterizas, o ambas”

96 Según el Considerando 31 “las entidades habilitadas de distintos Estados miembros deben poder unir fuerzas en una única acción de representación ante un único foro, de conformidad con las correspondientes normas en materia de competencia judicial internacional”

97 *Vid.* la crítica de M. LEHMANN considerando que el marco jurídico resultante es demasiado rígido, “A new piece in the puzzle of locating financial loss: the ruling in *VEB v BP* on jurisdiction for collective

daños<sup>98</sup>, quizás atribuyendo esta al tribunal del domicilio de la Asociación litigante o del lugar donde se localiza el interés mayoritario de los consumidores representados<sup>99</sup>.

---

actions based on deficient investor information”, *Journal of Private International Law*, Vol. 18, Nº 1, 2022, pp 1-27, p. 22.

98 *Vid.* HESS, B., “La reforma del Reglamento Bruselas I bis. Posibilidades y perspectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, Nº 1, 2022, pp. 10-24, pp. 15-16 y GARCÍA ÁLVAREZ, L., “La aplicación en materia ambiental...”, *cit.*, p. 96

99 Ambas posibilidades propuestas por RUIZ RODRIGUEZ, R., “Acción colectiva europea...”, *cit.*, p. 424. B. HESS propone concretamente atribuir competencia al tribunal del Estado miembro del domicilio del consumidor, *vid.* “La reforma del Reglamento Bruselas I bis...”, *cit.*, p. 16.





# LA AGRESIÓN Y LOS DEBERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. ¿ESTÁ OBLIGADO A DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UN ACTO DE AGRESIÓN?

## *AGGRESSION AND DUTIES OF THE SECURITY COUNCIL. IS THE COUNCIL BOUND TO DETERMINE THE EXISTENCE OF AN ACT OF AGGRESSION?*

LUCIANO PEZZANO\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARTÍCULO 39 DE LA CARTA Y EL PODER DE DETERMINACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. III. LA EXISTENCIA DE DEBERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD CON RELACIÓN A LA AGRESIÓN. IV. LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD RELATIVA A LA AGRESIÓN. V. UNA REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE LA ASAMBLEA GENERAL. VI. CONSIDERACIONES FINALES

**RESUMEN:** El presente artículo explora la cuestión de si el Consejo de Seguridad (CS) está obligado a determinar la existencia de un acto de agresión y tomar las medidas del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas para restablecer la paz y la seguridad internacionales. Con tal fin, el análisis comienza por la interpretación del Art. 39 de la Carta y las particularidades que plantea la agresión al respecto, repasando la interpretación tradicional del Art. 39 con relación a la discrecionalidad del CS respecto del acto de determinación, analiza los límites a dicha discrecionalidad en virtud de la Carta y pasa luego a argumentar por qué se considera que la agresión es una excepción a la discrecionalidad. También se analizan las normas que pueden ser consideradas no solamente como límites, sino también como fuentes de deberes positivos del CS en materia de agresión, concretamente el Art. 24 de la Carta, los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas y la norma imperativa (*ius cogens*) de prohibición de la agresión, para finalizar con un breve estudio de la práctica de la ONU respecto a la agresión. La interpretación armónica de las normas en juego permite dar una respuesta afirmativa al interrogante planteado.

**ABSTRACT:** *This article explores the question of whether the Security Council (SC) is bound to determine the existence of an act of aggression and to take Chapter VII measures to restore international peace and security. To this end, the analysis begins with the interpretation of art. 39 of the Charter and its particularities regarding aggression, reviewing its traditional interpretation with regard to the SC's discretion in the determination. It analyses the limits to that discretion under the Charter and then goes on to argue why aggression could be considered an exception to discretion. It also analyzes the rules that can be considered as sources of positive duties of the SC in matter of aggression, specifically Art. 24 of the Charter, the Purposes and Principles of the United Nations and the peremptory norm (*jus cogens*) of the prohibition of aggression, to conclude with a brief study of the practice of the UN with respect to aggression. The harmonious interpretation of the rules at stake makes it possible to give an affirmative answer to the question posed.*

**PALABRAS CLAVE:** agresión – Consejo de Seguridad – Propósitos y Principios de las Naciones Unidas – *Ius cogens*

---

Fecha de recepción del trabajo: 1 de mayo de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 13 de marzo de 2024.

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Profesor Titular de Derechos Humanos (UCES San Francisco). Profesor ayudante de Derecho Internacional Público (UNC). Correo electrónico: [luciano.pezzano@unc.edu.ar](mailto:luciano.pezzano@unc.edu.ar). Esta investigación fue financiada con una beca del *Coimbra Group Scholarship Programme for Young Professors and Researchers from Latin American Universities* en la Università di Bologna, bajo la supervisión del Prof. Attila Tanzi.

**KEYWORDS:** *aggression – Security Council – Purposes and Principles of the United Nations – Jus cogens*

## I. INTRODUCCIÓN

Entre las numerosas cuestiones jurídicas suscitadas a partir de la agresión rusa a Ucrania y la inacción del Consejo de Seguridad (CS) a su respecto, se ha renovado el interés en la existencia o no de deberes del órgano con relación a su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (arg. Art. 24.1 de la Carta de las Naciones Unidas). En otros términos, ¿debe actuar el CS siempre que la paz esté amenazada o quebrantada? En particular, ¿qué sucede en el caso de la forma más grave de quebrantamiento de la paz, la agresión? ¿Se derivan deberes para el CS de la norma imperativa (*ius cogens*) de prohibición de la agresión?

De acuerdo al Art. 39 de la Carta, el CS “determinará la existencia” de, entre otras cosas, todo “acto de agresión” y “hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas [...] para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”. ¿Está entonces obligado el CS a determinar la existencia del acto de agresión y a adoptar recomendaciones o decisiones para restablecer la paz y la seguridad internacionales?

Esta cuestión se inscribe en una discusión más amplia, relativa a la existencia de deberes positivos del CS en virtud de la Carta y el derecho internacional (en especial los derivados de las normas imperativas). Aunque el poder de determinación del CS y sus límites han sido discutidos ampliamente en la doctrina<sup>1</sup>, la cuestión de los deberes positivos del órgano en virtud del derecho internacional ha recibido una atención más bien limitada, principalmente en el campo de la protección de los derechos humanos y la Responsabilidad de Proteger (R2P)<sup>2</sup>. Los autores prefieren concentrarse en los deberes de los miembros del CS y, en particular, de los miembros permanentes<sup>3</sup>, con las consiguientes implicancias en la problemática del veto<sup>4</sup>. Al haber sido abordado ampliamente en la doctrina, no será ese el camino que seguiremos en este trabajo.

- 
- 1 WOOD, M. y STHOEGER, E., *The UN Security Council and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 70-89; DUGARD, J., “Judicial Review of Sanctions”, en GOWLLAND-DEBBAS, V. (Ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, pp. 83-91; HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., “The Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, N°2, 2008, pp. 333-359, además de los trabajos citados en este artículo.
  - 2 V. PETERS, A., “The Security Council’s Responsibility to Protect”, *International Organizations Law Review*, Vol. 8 2011, pp. 15-54; ZIMMERMANN, A., “The Security Council and the Obligation to Prevent Genocide and War Crimes”, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXXII, 2012, pp. 307-314.
  - 3 V. i.a., KOLB, A. S., *The UN Security Council Members’ Responsibility to Protect*, Springer, Heidelberg, 2018.
  - 4 BLÄTTER, A. y WILLIAMS, P. D., “The Responsibility Not to Veto”, *Global Responsibility to Protect*, Vol. 3, 2011, pp. 301-322; ESAWY, R. M., “The Responsibility Not to Veto Revisited under the Theory of ‘Consequential Jus Cogens’”, *Global Responsibility to Protect*, Vol. 12, 2020, pp. 299-335; TRAHAN, J., *Existing Legal Limits to Security Council Veto Power in the Face of Atrocity Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. Específicamente sobre el veto y la agresión, v. TRAHAN, J., “Legal Issues Surrounding Veto Use and Aggression”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 55, 2023, pp. 93-146.

De tal modo, no abundan estudios sobre la específica cuestión que aquí proponemos, relativa a los deberes del CS respecto de la agresión. Esto hace que la naturaleza de este estudio sea eminentemente exploratoria y nos obligue a concentrar los esfuerzos analíticos en la existencia de un deber del CS de determinar un acto de agresión y adoptar medidas a su respecto, y no en las consecuencias jurídicas e institucionales de su incumplimiento, sin perjuicio de algunas reflexiones sobre el particular.

Preferimos hablar de “deberes” y no de “obligaciones” del CS por dos razones. La primera es de carácter formal, dado que es la palabra que se encuentra –tres veces– en los textos inglés y francés del Art. 24 de la Carta (cuyo texto español usa la palabra “funciones”). La segunda proviene de la naturaleza del CS como un órgano de una organización internacional; dado que es la ONU y no el CS el sujeto de derecho internacional, técnicamente las obligaciones jurídicas recaen sobre aquella y no sobre este, por lo que usar la palabra “obligaciones” podría inducir a confusión.

Con tal fin, nuestro análisis comenzará por la interpretación del Art. 39 de la Carta y las particularidades que plantea la agresión al respecto. En particular, repasaremos la interpretación tradicional del Art. 39 con relación a la discrecionalidad del CS respecto del acto de determinación, analizaremos los límites a dicha discrecionalidad en virtud de la Carta y pasaremos luego a argumentar por qué consideramos que la agresión puede ser una notable excepción a la discrecionalidad. Continuaremos con un análisis de las normas que, en nuestra opinión pueden ser consideradas no solamente como límites, sino también como fuentes de deberes positivos del CS en materia de agresión, concretamente el Art. 24 de la Carta (tanto su párrafo 1 relativo a la responsabilidad primordial del CS como su párrafo 2 sobre los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas –NU–) y la norma imperativa (*ius cogens*) de prohibición de la agresión, para pasar luego a un breve estudio de la práctica de las NU respecto a la agresión y su impacto en la interpretación aquí propuesta.

## **II. EL ARTÍCULO 39 DE LA CARTA Y EL PODER DE DETERMINACIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD**

El Art. 39 de la Carta, puerta de entrada<sup>5</sup> al nuclear Capítulo VII, es una de las normas más importantes en el sistema de seguridad colectiva creado en 1945<sup>6</sup>. Su texto establece: “*El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*”.

---

5 D'ARGENT, P. *et al.*, “Article 39”, en COT, J. P. y PELLET, A. (Dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Tercera edición, Tomo I, Economica, Paris, 2005, pp. 1131-1170, p. 1134; DINSTEIN, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, quinta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 306.

6 KRISCH, N., “Article 39”, en SIMMA, B. *et al.* (Eds.): *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Volumen II, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1272-1293, p. 1273.

La disposición tiene dos partes claramente diferenciadas: por un lado, la determinación de una de las tres categorías que menciona –en lo que a nosotros interesa, el acto de agresión– y, por el otro, la adopción de recomendaciones o decisiones para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Dado que para la segunda se requiere la primera, en esta concentraremos nuestros esfuerzos analíticos.

Así, la lectura de la disposición nos plantea de inmediato varios interrogantes: ¿cuál es la naturaleza del acto de determinación? ¿Tiene límites el poder del CS de realizarlo? El lenguaje imperativo del Art. 39, ¿impone un deber de determinar? Analizaremos a continuación cada uno de estos interrogantes, deteniéndonos en las cuestiones que se refieran a la determinación de la existencia de un acto de agresión. Luego, identificaremos los elementos que nos permitirán establecer ciertas diferencias entre la agresión y las restantes categorías del Art. 39, con efectos en los poderes del CS al respecto.

## 1. La discusión sobre la discrecionalidad

### A) LA NATURALEZA DEL ACTO DE DETERMINACIÓN

El CS es un órgano político, y sus actos son políticos<sup>7</sup>. Sin embargo, ello no lleva de suyo que tales actos carezcan de efectos jurídicos. Como sostiene autorizada doctrina, al calificar una situación como amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el pronunciamiento adquiere matices particulares por las consecuencias que la constatación-determinación conlleva. Si bien la Carta da facultades discrecionales –cuyo alcance veremos a continuación– a los miembros del CS a la hora de la determinación, la sola calificación implica un pronunciamiento con consecuencias jurídicas<sup>8</sup>. Dado que la calificación de las situaciones contempladas en el Art. 39 las convierte en infracciones jurídicamente calificadas<sup>9</sup>, la determinación adquiere cierto carácter normativo<sup>10</sup>.

El efecto jurídico principal<sup>11</sup> que tiene el acto de determinación es la activación del mecanismo previsto en la Carta, es decir, habilitar las competencias del CS en el marco del Capítulo VII<sup>12</sup>:

7 D'ARGENT, P. *et al.*, op. cit., p. 1137.

8 DRNAS DE CLÉMENT, Z., “Sentido y alcance de la determinación por parte del Consejo de Seguridad de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, *XXX Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, Washington, 2004, pp. 77-134, pp. 82-83.

9 WECKEL, P., “Le Chapitre VII de la Charte et son Application par le Conseil de Sécurité”, *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 37, 1991, pp. 165-202, p. 177.

10 WOLFRUM, R., “Judicial Control of Security Council Decisions”, *Yearbook of Institute of International Law-Tallinn Session*, Vol. 76, 2007, pp. 413-408, p. 435.

11 Decimos “principal”, porque no descartamos que la determinación del CS de la comisión de un acto de agresión pueda tener otros efectos jurídicos. Véase, por ejemplo, el comentario al Art. 15 del Proyecto de la CDI sobre efectos de los conflictos armados en los tratados (CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2016. p. 130, párr. 2). En contra, v. D'ARGENT, P. *et al.*, op. cit., p. 1139.

12 GILL, T.D., “Legal and some political limitations on the power of the UN Security Council to exercise its enforcement powers under Chapter VII of the Charter”, *Netherlands Yearbook of International Law* Vol. 26, 1995, pp. 33-138, p. 39.

la puesta en marcha del sistema de seguridad colectiva y la adopción de las “medidas colectivas eficaces” para “suprimir actos de agresión” a las que hace referencia el Art. 1.1 de la Carta, que analizaremos más adelante.

Si la determinación es un acto con efectos normativos, no puede interpretarse el Art. 39 en forma aislada del derecho internacional y, en particular, el CS no podría desconocer las normas jurídicas internacionales (o al menos, algunas de relevancia fundamental) al momento de realizar una determinación –lo que, como veremos, es de particular importancia en caso de la agresión–. Frente a esto, se suele alzar el argumento de la discrecionalidad del CS en materia de determinación, por lo que analizaremos dicha cuestión.

## B) LA PRETENDIDA DISCRECIONALIDAD DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

La determinación por el CS, ¿es un poder discrecional? La doctrina ha ensayado diferentes respuestas a este interrogante, arduamente discutido<sup>13</sup>.

El Magistrado Weeramantry, en su opinión disidente en la fase de medidas provisionales en el caso *Lockerbie*, expresó una de las posiciones al afirmar:

“... the determination under Article 39 of the existence of any threat to the peace, breach of the peace or act of aggression, is one entirely within the discretion of the Council. It would appear that the Council and no other is the judge of the existence of the state of affairs which brings Chapter VII into operation. That decision is taken by the Security Council in its own judgment and in the exercise of the full discretion given to it by Article 39. Once taken, the door is opened to the various decisions the Council may make under that Chapter”<sup>14</sup>.

De acuerdo a De Wet<sup>15</sup>, quienes sostienen que el CS posee una discrecionalidad amplia en la materia señalan, en primer lugar, que la Carta no define qué ha de entenderse por cada una de las categorías mencionadas en el Art. 39<sup>16</sup>. Así, se suele hacer referencia al informe del Relator Boncour en la Conferencia de San Francisco, en el que se expresa la decisión del Comité 3 de la Tercera Comisión de la Conferencia –encargado de los poderes del CS– de “*to adhere to the text drawn up at Dumbarton Oaks and to leave to the Council the entire decision as to what constitutes a threat to peace, a breach of the peace, or an act of aggression*”<sup>17</sup>.

---

13 DE WET, E. y WOOD, M., “Peace, Threat to the”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2022, párr. 39.

14 CIJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 14 April 1992*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 114, Opinión disidente del Magistrado Weeramantry, p. 176).

15 DE WET, E., *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Portland, 2004, pp. 134 y ss.

16 GOWLLAND-DEBBAS, V., “Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43 (1994), pp. 55-98, p. 61.

17 UNCIO, Commission III, Committee 3, *Report of Mr. Paul-Boncour, Rapporteur, on Chapter VIII, Section B*, Doc. 881, III/3/46, en UNCIO, *Documents*, Vol. XII, pp. 502-514, p. 505.

En segundo lugar, se sostiene que la determinación es un juicio basado en circunstancias fácticas y en el peso de consideraciones políticas que podrían no ser medidas por criterios jurídicos<sup>18</sup>.

En tercer lugar, el derecho de veto de los miembros permanentes podía reflejar la naturaleza política de la determinación, por cuanto sería una clara indicación de que las decisiones en interés de la paz y la seguridad estarían basadas exclusivamente en consideraciones políticas<sup>19</sup>.

En cuarto lugar, la discreción del acto de determinación estaría dada por la falta de obligatoriedad para el CS de decidir que una situación cae dentro de los términos del Art. 39 o de decidir la acción coercitiva cuando ha hecho tal determinación. Así, al no tener que actuar en todas las situaciones que parecen convocar el ejercicio de su competencia, opera selectivamente y con discrecionalidad<sup>20</sup>.

Frente a cada uno de estos argumentos, se alzan visiones opuestas.

En primer lugar, hay que advertir que el pasaje del informe de Boncour admite más de una interpretación. Leído en el contexto del informe, surge que se trató de una solución de compromiso respecto de la *definición* de un acto de agresión<sup>21</sup>, y no de la *competencia* del CS a tal efecto, que por otro lado, parecía indiscutible en ese momento. De hecho, el pasaje aparece bajo el título “Determination of Acts of Aggression” y, luego de mencionar las diferentes enmiendas relativas a la definición de la agresión que se habían presentado, el Relator concluye que

“a preliminary definition of aggression went beyond the possibilities of this Conference and the purpose of the Charter. The progress of the technique of modern warfare renders very difficult the definition of all cases of aggression. It may be noted that, the list of such cases being necessarily incomplete, the Council would have a tendency to consider of less importance the acts not mentioned therein; those omissions would encourage the aggressor to distort the definition or might delay action by the Council. Furthermore, in the other cases listed, automatic action by the Council might bring about a premature application of enforcement measures”<sup>22</sup>.

Estas razones, que son el fundamento de la ya citada conclusión, deben leerse en un contexto normativo en el que, como se verá más adelante, la agresión ya ha sido definida. Así, y dado que la conclusión se inclinó por la discrecionalidad de la determinación por el CS en base a tales razones, su valor para la discusión actual debe ser matizado.

---

18 ALSTON, P., “The Security Council and Human Rights: Lessons to be Learned from the Iraq-Kuwait Crisis and its Aftermath”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 13, 1990/1991., pp. 107-176, p. 138, aunque solo se refiere a la discrecionalidad al momento de determinar una “amenaza a la paz”.

19 REISMAN, W. M., “The Constitutional Crisis in the United Nations”, *American Journal of International Law*, Vol. 87, 1993, pp. 83-100, p. 95; CARON, D. D., “The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council”, *American Journal of International Law*, Vol. 87, N°4, 1993, pp. 552-588, p. 565.

20 GILL, T. D.: op. cit., p. 40.

21 En el mismo sentido, DE WET, E., op. cit., p. 146, nota 80.

22 UNCIO, *Documents*, Vol. XII, p. 505.

Con relación al segundo argumento, aunque es innegable que la imprecisión y la vaguedad rodean los términos usados en el Art. 39, estas cualidades son características generales del derecho, y la especificación de términos vagos es, en todo caso, un asunto de interpretación jurídica. La aplicación de términos jurídicos vagos a un particular conjunto de hechos está necesariamente vinculada a cierta discrecionalidad, pero ello no tiene por qué ser evidencia de una discrecionalidad política ilimitada<sup>23</sup>. El mero hecho de que el Art. 39 distinga entre tres criterios que activan el Capítulo VII implica que el CS no posee tal discrecionalidad ilimitada. Si esta existiera, la distinción devendría obsoleta<sup>24</sup>. Como veremos, compartimos esta última apreciación, puesto que la distinción<sup>25</sup> tiene mayor sentido tratándose de un acto de agresión: si el CS decide en virtud del Art. 39 que se aplicará el Capítulo VII y decide que el Estado X es culpable de agresión y debe pagar una indemnización, tal decisión no es simplemente un asunto político. Es una decisión basada en una evaluación de los hechos y la aplicación de una norma del derecho internacional basada en tal evaluación<sup>26</sup>.

Tampoco el veto constituye por sí mismo una justificación para una acción ilimitada en el contexto del Art. 39<sup>27</sup>; en todo caso, se trata de una consideración de carácter político que no resulta de utilidad para la interpretación de la norma. La CIJ, en su primera opinión consultiva, ya dio una orientación al respecto:

le caractère politique d'un organe ne peut le soustraire à l'observation des dispositions conventionnelles qui le régissent, lorsque celles-ci constituent des limites à son pouvoir ou des critères à son jugement. Pour savoir si un organe a la liberté de choisir les motifs de ses décisions, il faut se référer aux termes de sa constitution.<sup>28</sup>

Con relación al último argumento, como veremos, pensamos que el CS sí está obligado a determinar y actuar en virtud del Art. 39, pero incluso si no lo estuviera, ello no significaría necesariamente que cuando sí actúa tenga una discreción ilimitada para hacerlo<sup>29</sup>.

Por nuestra parte, sostenemos que la discrecionalidad del CS puede ser muy amplia, pero no es ilimitada. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en un caso en que se cuestionaba la constitucionalidad de su creación por el CS, sostuvo:

“It is clear from this text that the Security Council plays a pivotal role and exercises a very wide discretion under this Article. But this does not mean that its powers are unlimited. The Security Council is an organ of an international organization, established

23 MARTENCZUK, B., “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, N°3, 1999, pp. 517-547, p. 543.

24 DE WET, E., op. cit., p. 137.

25 El propio CS ha reconocido la distinción, notablemente en la resolución 54 (1948) en la que determinó que la situación en Palestina constituía una amenaza a la paz en el sentido del Art. 39 (párr. 1) y a la vez declaró que el no cumplimiento de la resolución demostraría la existencia de un quebrantamiento de la paz en el sentido del Art. 39 (párr. 3).

26 BOWETT, D., “The Impact of Security Council Decisions on Dispute Settlement Procedures”, *European Journal of International Law*, Vol. 5 (1994), pp. 89-101, p. 94.

27 DE WET, E.: op. cit., p. 136

28 CIJ, *Admission d'un État aux Nations unies (Charte, art. 4), avis consultatif C. I. J. Recueil 1948*, p. 57, p. 64

29 DE WET, E.: op. cit., p. 136.

by a treaty which serves as a constitutional framework for that organization. The Security Council is thus subjected to certain constitutional limitations, however broad its powers under the constitution may be. Those powers cannot, in any case, go beyond the limits of the jurisdiction of the Organization at large, not to mention other specific limitations or those which may derive from the internal division of power within the Organization. In any case, neither the text nor the spirit of the Charter conceives of the Security Council as *legibus solutus* (unbound by law)<sup>30</sup>.

Estudiaremos a continuación los límites de la discrecionalidad del CS en el ámbito del Art. 39.

### C) LOS LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

También en su decisión en *Tadic*, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo:

“The situations justifying resort to the powers provided for in Chapter VII are a “threat to the peace”, a “breach of the peace” or an “act of aggression.” While the “act of aggression” is more amenable to a legal determination, the “threat to the peace” is more of a political concept. But *the determination that there exists such a threat is not a totally unfettered discretion, as it has to remain, at the very least, within the limits of the Purposes and Principles of the Charter*”<sup>31</sup> (énfasis añadido).

Sin perjuicio de las importantes consideraciones que la Sala efectúa respecto del acto de agresión –las que analizaremos detenidamente más adelante–, debemos concentrarnos aquí en su conclusión según la cual, la determinación debe permanecer dentro de los límites de los Propósitos y Principios de las NU. Allí, la Sala está haciendo referencia<sup>32</sup> a la disposición de la primera parte del Art. 24.2 de la Carta, que dispone: “*En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas*”.

Así, los Propósitos y Principios (que están consagrados en los Arts. 1 y 2 de la Carta) aparecen como importantes límites a la discrecionalidad del CS y a su accionar en general, como viene reconocido por la doctrina<sup>33</sup>, siendo incluso considerado como un “deber general”<sup>34</sup> y un “lími-

30 TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a. “Dule”*. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 28.

31 *Ibidem*, párr. 29.

32 Que la Sala cita en el párr. 28 de su decisión.

33 ROSAND, E., “The Security Council as “Global Legislator”: Ultra Vires or Ultra Innovative?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, 2004, pp. 542-590, p. 556; DE LA SERNA GALVÁN, M. L., “Interpretation of Article 39 of the UN Charter (Threat to the Peace) by the Security Council. Is the Security Council a Legislator for the Entire International Community?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, pp. 147-185, p. 159; ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 429; MANUSAMA, K., *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era. Applying the Principle of Legality*, Brill, Leiden, 2006, p. 19.

34 ARANGIO-RUIZ, G., “On the Security Council’s ‘Law-Making’”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXXXIII, N°3, 2000, pp. 609-725, p. 654.



te constitucional”<sup>35</sup>. Aunque provenga de uno de los defensores de la discrecionalidad absoluta del CS, tal vez una de las más conocidas exposiciones de esta opinión sea la que se encuentra en la opinión disidente del Magistrado Weeramantry en el caso *Lockerbie*:

“Article 24 itself offers us an immediate signpost to such a circumscribing boundary when it provides in Article 24 (2) that the Security Council, in discharging its duties under Article 24 (1), “shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations”. The duty is imperative and the limits are categorically stated”<sup>36</sup>.

Así planteados, los Propósitos y Principios vinculan al CS y funcionan como verdaderos límites a su poder de determinación. De allí que podamos concluir que, si bien el CS goza de cierta discrecionalidad, al efectuar una determinación en virtud del Art. 39 está limitado por los Arts. 1 y 2 de la Carta<sup>37</sup>. Pero los Propósitos y Principios no solo funcionan como una limitación, sino también como fuente de deberes para el CS, así como importantes pautas de interpretación del propio Art. 39, según veremos más adelante.

## 2. Una interpretación integral del Art. 39

En esta discusión, no podemos pasar por alto que el Art. 39 está redactado en términos que no parecen dejar mucho margen de acción al CS: “determinará” (“shall determine”, en el texto inglés) la existencia de las tres categorías de actos y “hará” (“shall make”, en el texto inglés) recomendaciones o “decidirá” qué medidas serán tomadas. Recordemos aquí que, respecto de la interpretación de la Carta, la CIJ ha sostenido:

“On the previous occasions when the Court has had to interpret the Charter of the United Nations, it has followed the principles and rules applicable in general to the interpretation of treaties, since it has recognized that the Charter is a multilateral treaty, albeit a treaty having certain special characteristics”<sup>38</sup>.

Esto significa que le son aplicables a la Carta las reglas de interpretación de los tratados, que aparecen recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Si bien la Convención como tal no es aplicable a la Carta en razón de la irretroactividad de sus disposiciones (Art. 4 de la Convención), la jurisprudencia de la CIJ es constante en considerar que las reglas de interpretación de la Convención reflejan el derecho consuetudinario<sup>39</sup>.

---

35 ANGELET, N., “International Law Limits to the Security Council”, en GOWLLAND-DEBBAS, Vera (Ed.), op. cit. en nota 1, pp.71-82, p. 74

36 CIJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, *I.C.J. Reports 1992*, p. 3, Opinión disidente del Magistrado Weeramantry, p. 61.

37 SCHWEIGMAN, D., *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, p. 188.

38 CIJ, *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962: *I.C.J. Reports 1962*, p. 151, p. 157.

39 CIJ, *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 116, párr. 33; *Application of the International Convention for the Suppression of*

Así, la regla del Art. 31.1 de la Convención establece: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”. El sentido corriente que cabe atribuir a “determinará” no puede ser otro que el de un deber, máxime si lo unimos a “toda” (“any”, en el texto inglés), de lo que se colige que, en virtud del Art. 39, el CS tendría el *deber* de determinar la existencia de –en lo que a nosotros interesa– *todo* acto de agresión.

La mayoría de los autores no se detienen en la interpretación literal de la disposición –o directamente la descartan<sup>40</sup>–, pero hay notables excepciones en la doctrina que debemos señalar.

Así, Butchard, subrayando el uso de “shall” en la versión inglesa del artículo<sup>41</sup>, pasa revista a los trabajos preparatorios de la Carta y concluye que el uso de un lenguaje imperativo claramente indica la presencia de una obligación de determinar<sup>42</sup>. El autor usa la misma línea de razonamiento para la adopción de recomendaciones o decisiones de acuerdo a la segunda parte del Art. 39: “*The obligation ‘to determine’ is joined by a mandatory ‘and’ to the obligation to ‘make recommendations, or decide’ upon enforcement measures*”<sup>43</sup>.

También Đipalo propone un exhaustivo análisis gramatical y contextual del modal “shall” y determina su significado imperativo en la Carta<sup>44</sup>. La autora enfatiza que la Carta no usa otra palabra para expresar obligaciones: “*whereas it does use ‘may’ where it wants to read ‘is permitted to’ or ‘has discretion to’*”<sup>45</sup>. La mera comparación entre el Art. 39 y los Arts. 41<sup>46</sup> y 42<sup>47</sup> (que, a diferencia del primero, claramente indican “podrá decidir”, “podrá instar” y “podrá ejercer”) confirma esta interpretación.

Orakhelashvili resume así la cuestión:

---

*the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (II), p. 598, párr. 106.*

40 KRISCH, N., op. cit., p. 1276.

41 Martenczuk también propone una interpretación literal del Art. 39, pero no analiza el significado de “shall” (MARTENCZUK, B., “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, Nº3 (1999), pp. 517-547, pp. 543-544).

42 BUTCHARD, P., *The Responsibility to Protect and the Failures of the United Nations Security Council*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 68-71.

43 *Ibidem*, p. 71.

44 ĐIPALO, S., “The Security Council’s Non-Determination of a Threat to the Peace as a Breach of International Law”, *Pécs Journal of International and European Law*, Vol. I, 2018, pp. 61-81, at 69.

45 *Ibidem*, p. 70.

46 “El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”.

47 “Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas”.

“Under Article 39 the Council ‘shall’ identify threats to the peace: in contrast, the word ‘may’ is used in relation to the application of enforcement measures under Articles 41 and 42. This raises the question whether determination of a threat is mandatory or discretionary. The entire context of the Charter is instructive. The preamble refers to the many horrors of the Second World War and states the intention to avoid similar tragedies in the future; Articles 1 and 2 specify principles and purposes of the UN accordingly; Article 24 entrusts the Council with the task of acting promptly and effectively on behalf of the entire membership of the Organization; Article 39 then specifies the Council’s competence in relation to threats to put the Charter mechanism of collective security into operation. Whatever pragmatic considerations might suggest, the structural inter-connection between the pertinent provisions of the Charter compels us to view the Article 39 determination power as part of the imperative mandate of the Council, which does not admit selectivity in confronting threats”<sup>48</sup>.

En idéntico sentido se había pronunciado Drnas de Clément:

“La formulación no es facultativa como se observa en los Arts. 40, 41, 42: “podrá”. Además, la formulación del Art. 39 dispone que el Consejo determinará toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, significando ello que en todo caso en el que hubiese una situación de esa naturaleza, deberá intervenir. Ello, de modo coherente con la responsabilidad primordial del Consejo y el principal propósito de la Organización. El verbo, en el Art. 39, está usado en imperativo y la norma que precisa el tipo de comportamiento que el sujeto debe observar es indicativo de que el deber de obrar se halla frente a toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, sin el derecho de omitir ninguna situación. Si bien, podrá argumentarse que la determinación le cabe al Consejo y que si éste no lo hace, es que no existe situación frente a la cual nace su deber de obrar, el Art. 24.1. le impone la obligación de proceder de conformidad con los Propósitos y Principios de la Carta, con lo cual, su obligación de estudiar toda amenaza o uso de la fuerza surge de modo inmediato. Su prestación de calificación debe ir acompañada de recomendaciones o decisiones dirigidas a mantener la paz y seguridad internacionales”<sup>49</sup>.

Ambos autores, que siguen una interpretación que combina el método literal con el sistemático y el teleológico, en plena consonancia con lo dispuesto por la regla codificada en el Art. 31.1 de la Convención de Viena, ponen de manifiesto, como lo haremos, la relación entre el Art. 39 y el Art. 24 de la Carta, indiscutible fuente *constitucional* de deberes para el CS, tanto en lo que respecta a su “responsabilidad primordial” de mantener la paz y la seguridad internacionales (párrafo 1) como a su deber de proceder “de acuerdo con los Propósitos y Principios de las NU (párrafo 2). Así, la lectura armónica de todas las disposiciones en juego (Arts. 1.1, 2.4, 24.1, 24.2 y 39), que luego efectuaremos, nos llevará a sostener que el CS está obligado tanto a determinar la existencia de las categorías del Art. 39, como a adoptar medidas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, principalmente en el caso de la agresión.

48 ORAKHELASHVILI, A., *Collective Security*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 151.

49 DRNAS DE CLÉMENT, Z., op. cit. en nota 8, p. 86.

### 3. Una breve mirada a la práctica en materia de determinación

Aunque habitualmente se suele señalar que la práctica del CS en materia de determinación indica un amplio ejercicio de discrecionalidad de su parte al momento de ejercer su poder en virtud del Art. 39, los debates del órgano dan cuenta de importantes elementos que permiten caracterizarlo como un *deber* tal cual interpretamos aquí.

Los primeros años de la vida de la Organización fueron testigos de varios de estos debates<sup>50</sup>. Uno de estos, muy significativo, tuvo lugar en mayo de 1948, con motivo de la primera guerra árabe-israelí. Los Estados Unidos habían presentado un proyecto de resolución<sup>51</sup> por el cual el CS habría determinado que la situación en Palestina constituía una amenaza a la paz y un quebrantamiento de la paz en el sentido del Art. 39. En apoyo de su proyecto –y en contra de una enmienda del Reino Unido que habría suprimido la determinación–, el representante de los Estados Unidos sostuvo:

“el Consejo de Seguridad tiene un deber que está consignado en el Capítulo VII y cuyo cumplimiento no puede, en nuestra opinión, eludir. Siendo perfectamente claros los hechos y correspondiendo su descripción a la de un estado de guerra, ¿cómo podría el Consejo de Seguridad eludir el cumplimiento de este deber consignado en el Artículo 39 de la Carta? [...] nuestra principal obligación es la de determinar, de conformidad con el Artículo 39, si existe alguna amenaza a la paz”<sup>52</sup>.

Aunque el proyecto no fue aprobado, ninguno de los Estados que se opusieron negó que el deber de determinar existiera, optando por argumentos políticos o interpretaciones jurídicas para considerar que no se trataba de una amenaza a la paz.

Casi dos décadas después, el CS se vio envuelto en un debate similar sobre la situación en Rhodesia del Sur<sup>53</sup>. Para muchas delegaciones, la declaración unilateral de independencia del régimen racista de Ian Smith y su constante desafío a las NU, constituía una amenaza a la paz, y varias urgieron al CS a actuar en ese sentido. Así, el representante de la Argentina consideró que la determinación del Art. 39 es un deber, cuando sostuvo: “*cuando se actúa dentro del Capítulo VII, nuestro primer deber, como allí se señala, es determinar “la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión” para luego decidir las medidas que estime pertinente*”<sup>54</sup>. Nuevamente, ninguna delegación se opuso a la existencia de dicho deber y, de hecho, el CS terminó aprobando una resolución<sup>55</sup> que, invocando el Art. 39, resolvió que la situación en Rhodesia del sur constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

50 V. *Repertory of Practice of United Nations Organs 1945-1954*, Vol. II, p. 338 y ss.

51 CS: *Draft resolution on the Palestinian Question submitted by the Representative of the United States at the two hundred and ninety-third meeting of the Security Council, 17 may 1948*, UN doc. S/749.

52 CS: *Actas Oficiales. Tercer año. 296a sesión*, UN doc. S/PV.296, pp. 3-4.

53 V. el debate completo en *Repertorio de la Práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas, Suplemento N°3. 1959-1966*, Vol. II. Naciones Unidas, Nueva York, pp. 206-220.

54 CS: *Actas Oficiales. Vigésimo primer año. 1332ª sesión*, UN doc. S/PV.1332, p. 7, párr. 55.

55 Resolución 232 (1966).

Mucho más reciente en el tiempo, y con relación a la situación en Ucrania, incluso antes del comienzo de la agresión rusa el 24 de febrero de 2022, seguimos encontrando menciones a deberes en virtud del Art. 39. En la 8960ª sesión, la representante de los Estados Unidos sostuvo:

“Las acciones de Rusia afectan directamente al núcleo de la Carta de las Naciones Unidas. Se trata de una amenaza para la paz y la seguridad tan clara y decisiva como podemos imaginar. Tras la Segunda Guerra Mundial, el Consejo se creó para abordar precisamente el tipo de amenaza a la que Ucrania se enfrenta ahora. Como establece el artículo 39: “El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz”. Por consiguiente, nuestro cometido no es solamente abordar los conflictos después de que se produzcan, sino también evitar, en primer lugar, su aparición”<sup>56</sup>.

Aunque puede atribuirse a la invocación del Art. 39 un carácter más retórico que jurídico, no deja de ser notable que se considere que la norma impone un “cometido” (*charge*, en el original en inglés) al CS. Más claro fue el representante de Ucrania, quien declaró tres semanas después:

“The Security Council has been tasked with maintaining that peace and security, under Article 24 of the Charter. Pursuant to Article 39, the Security Council shall make recommendations or decide what measures shall be taken to maintain or restore international peace and security. The delegation of Ukraine calls on the Security Council members to exercise those duties”<sup>57</sup>.

En ninguno de los casos se rechazó la existencia de tales deberes. En el primero, el representante de Rusia negó que existiera una amenaza, y en el segundo, atribuyó a Ucrania la responsabilidad por la situación.

Estos ejemplos, junto con otros que veremos en la sección IV, relativos a la práctica del CS en materia de agresión, nos muestran que no parece haber entre los Estados una posición que explícitamente niegue la existencia de deberes en materia de determinación: es significativo que cada vez que esta se ha alzado, los opositores a determinar han recurrido a otros argumentos y no simplemente a afirmar que no hay deber alguno en el Art. 39. Consideramos que es un importante indicio a favor de nuestra posición, aunque sigue contrastando con el innegable hecho de que la determinación por el CS no se produzca en numerosos casos. Analizaremos más adelante el significado de esta inacción y su valor jurídico en materia de interpretación.

#### **4. La agresión, ¿una excepción a la discrecionalidad?**

##### **A) LA AGRESIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO**

En el pasaje antes citado en su decisión en *Tadic*, la Sala de Apelaciones sostuvo que “*While the ‘act of aggression’ is more amenable to a legal determination, the ‘threat to the peace’ is*

56 CS: *Septuagésimo séptimo año. 8960ª sesión*, UN doc. S/PV.8960, pp. 4-5.

57 CS: *Seventy-seventh year. 8970th meeting*, UN doc. S/PV.8970, p. 14. Optamos por el texto en inglés del acta porque fue el idioma en que se produjo la declaración, y la versión española tradujo “duties” por “funciones”, que si bien está en línea con el texto del Art. 24, no refleja la literalidad de la declaración del representante de Ucrania.

*more of a political concept*”<sup>58</sup>. Esta consideración, dicha casi al pasar por la Sala, puesto que la cuestión no era relativa a la agresión, sino a la existencia de una amenaza a la paz, tiene, no obstante, una importancia fundamental para nuestro análisis. La Sala está reconociendo que hay una diferencia de naturaleza entre el “acto de agresión” y las otras categorías del Art. 39: mientras que la primera es susceptible de una determinación jurídica, la amenaza a la paz (aunque podemos extenderlo también al quebrantamiento) es más un concepto político. No es necesario un mayor esfuerzo de interpretación para concluir que la Sala nos está diciendo que, siendo susceptible de determinación jurídica, el acto de agresión es un concepto jurídico.

En efecto, el “acto de agresión” es verdaderamente un concepto jurídico, que existe en el derecho internacional por fuera de la Carta<sup>59</sup> y que genera sus propias consecuencias más allá de la activación del sistema de seguridad colectiva en el Capítulo VII. Este concepto fue definido<sup>60</sup> por la Asamblea General (AG) en su resolución 3314 (XXIX), que contiene la Definición de la Agresión, y cuya relación con el Art. 39 es puesta de manifiesto en su propio texto<sup>61</sup>. No obstante ser una resolución de la AG, al menos una de las disposiciones de la Definición fue reconocida por la CIJ como expresión del derecho consuetudinario<sup>62</sup> y su recepción en el Art. 8 bis del Estatuto de Roma también implica cierto reconocimiento normativo<sup>63</sup>. Pero incluso si no

58 TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic a.k.a. “Dule”*. *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de octubre de 1995, párr. 29.

59 Naturalmente, esta argumentación se basa en que el “acto de agresión” de la Carta es el mismo definido en la resolución 3314 (XXIX) y en el Art. 8 bis del Estatuto de Roma, y que todos hacen referencia a la “agresión” del derecho internacional prohibida por una norma imperativa. No es esta la ocasión para tal discusión, pero la identidad conceptual nos resulta evidente. De otra forma, deberíamos concluir que cada vez que una norma jurídica internacional utiliza la palabra “agresión” lo hace con un sentido diferente y ello no solo conspiraría contra las reglas de la lógica sino también contra la unidad del orden jurídico (v. PEZZANO, L., *La relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2021, pp. 77-78).

60 Sorel reconoce que la agresión es la única de las situaciones del Art. 39 que posee una definición objetiva (SOREL, J., “L’élargissement de la notion de menace contre la paix”, en SFDI, *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Colloque de Rennes*, Pedone, Paris, 1995, pp. 3-57, p. 48)

61 PEZZANO, L., op. cit. en nota 59, p. 77.

62 CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment*. *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, párr. 195. La CIJ consideró que el Art. 3, inc. g) de la Definición refleja el derecho consuetudinario. Si ello es válido para el supuesto de la agresión indirecta –uno de los más discutidos durante la historia de la definición (BROMS, B., “The Definition of Aggression”, *RCADI* (1977), pp. 299-400, p. 353)–, *a fortiori* también debe serlo para casos más evidentes como la invasión, la ocupación o la anexión del Art. 3, inc. a) (DINSTEIN, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, Cuarta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 129).

63 GROVER, L., “Interpreting the Crime of Aggression”, en KREß, C. y BARRIGA, S. (Eds.): *The Crime of Aggression: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 275-411, p. 399; HEINSCH, R., “The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, N°2, 2010, pp. 713-743, p. 726; KOSTIC, D., “Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22, 2011, pp. 109-141, p. 118; GILLET, M., “The Anatomy of an International Crime: Aggression at the International Criminal Court”, *International Criminal Law Review*, Vol. 13, N°4, 2013, pp. 829-864, p. 837; SAYAPIN, S., *The Crime of Aggression in International Criminal Law*, Springer, La Haya, 2014, p. 265.

se reconoce el valor de la Definición de la Agresión no se puede negar que el acto de agresión sea un concepto jurídico, al que no pocas normas de derecho internacional hacen referencia<sup>64</sup>.

En ese sentido, Gowlland Debbas considera que la discrecionalidad del CS no ha sido afectada por la adopción de la Definición por la AG<sup>65</sup>, pero esta opinión debe ser matizada con su propia afirmación de que la determinación de un acto de agresión es, en todo caso, un asunto de derecho internacional<sup>66</sup>. No hay, no obstante, contradicción entre ambas proposiciones: aunque el principal objetivo de la Definición es servir al CS “como orientación para determinar, de conformidad con la Carta, la existencia de un acto de agresión”<sup>67</sup>, sigue siendo una resolución de la AG con un carácter meramente recomendatorio y no vincula *per se* al CS. Pero la determinación de un acto de agresión es un asunto de derecho internacional porque la agresión es un concepto jurídico, con una definición jurídica (y aquí es donde tiene lugar el debate sobre el valor jurídico de la Definición<sup>68</sup>). Por lo tanto, es el derecho internacional relativo a la agresión –con carácter de *ius cogens*, como insistiremos– y no la resolución de la AG, lo que limita la discrecionalidad del CS.

La caracterización de la agresión como un concepto jurídico tiene, como se dijo, consecuencias en el derecho internacional que exceden la activación del sistema de seguridad colectiva, en materia de responsabilidad internacional, legítima defensa, derecho de los tratados, entre otras<sup>69</sup>. Pero una importante consecuencia de esa caracterización a los efectos de nuestro estudio es que la *existencia* del acto de agresión es independiente de su determinación por el CS: al ser un concepto jurídico, todo órgano competente de realizar una determinación jurídica podría declarar su existencia. Nada impide que, por ejemplo, la CIJ realice tal determinación

---

64 Piénsese, por ejemplo, en el Art. 75 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. V. TOMUSCHAT, C., “Article 75”, en CORTEN, O. y KLEIN, P. (Eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2011, Vol. II, pp. 1686-1697; KRIEGER, H., “Article 75”, en DÖRR, O. – SCHMALENBACH, K. (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 1279-1293; VILLIGER, M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 911-920; PEZZANO, L., “La agresión en el derecho de los tratados”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2019-2020, pp. 95-130.

65 GOWLLAND-DEBBAS, V., “The relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the light of the *Lockerbie* case”, *The American Journal of International Law*, Vol. 88, N°4, 1994, pp. 643-677, p. 662.

66 GOWLLAND-DEBBAS, V., “The Functions of the United Nations Security Council in the International Legal System”, en BYERS, Michael (Ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 277-314, p. 288.

67 Resolución 3314 (XXIX), párr. 4.

68 Si aceptamos que la resolución 3314 (XXIX) refleja el derecho consuetudinario, será la definición consuetudinaria de la agresión la que vincularía al CS. Pocos autores reflexionan sobre esta importante cuestión. Precisamente con referencia al efecto que la Definición tiene sobre la discreción del CS en el Art. 39, Butchard piensa “it is arguable that the Council must acknowledge current customary international law relevant to the interpretation of the terms in Article 39, and such developments in the law may of course originate from the Council’s own determinations” (BUTCHARD, P., *op. cit.*, p. 69). Lo que Butchard no parece tener en cuenta es que la agresión definida por el derecho consuetudinario (y reflejada en la resolución 3314 (XXIX)) está prohibida por una norma de *ius cogens*, que sin duda vincula al CS, como analizaremos más adelante.

69 Sobre las consecuencias de la agresión en general, v. KAMTO, M., *L’agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010.

en un caso que le sea sometido a los fines de atribuir la responsabilidad a un Estado<sup>70</sup>, o que la Corte Penal Internacional deba realizarla para identificar el elemento estatal en un proceso por un crimen de agresión<sup>71</sup>. Estas determinaciones, por supuesto, no tendrán por objeto activar el Capítulo VII de la Carta, pero son demostrativas de la existencia del acto de agresión por fuera de este, lo que no podemos predicar respecto de las otras dos categorías.

Siendo un concepto jurídico, la conclusión que se extrae del citado pasaje de la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en *Tadic* es que la discrecionalidad del CS debe ser más limitada que respecto de las otras categorías del Art. 39, puesto que el derecho internacional impone límites a qué puede considerarse como un acto de agresión. Con diferentes matices, no son pocos los autores que, al menos, reconocen que el acto de agresión presenta particularidades diferentes a las otras categorías del Art. 39 que en cierta forma limitan la discrecionalidad del CS.

Combacau, pese a señalar que nada permite afirmar que la definición de la agresión del Art. 39 coincida con la definición del derecho internacional general<sup>72</sup>, opina que el poder discrecional de los órganos competentes de las NU para determinarla “*est évidemment moins large quand il s’agit d’une notion qui, comme l’agression, a déjà un certain contenu en dehors de l’art. 39, qu’à propos par exemple de la notion de menace pour la paix qui n’est précisée nulle part ailleurs*”<sup>73</sup>.

También Herdegen participa de esta posición de diferenciar al acto de agresión de las restantes categorías del Art. 39: “*The notions of ‘threat to the peace’ and ‘breach of the peace’ and, to a lesser degree, ‘act of aggression’ contained in Article. 39 of the Charter are rather indeterminate formulas that obviously shall vest wide powers of appreciation in the Security Council*”<sup>74</sup> (énfasis en el original). Aunque no explicita por qué el acto de agresión deba considerarse

70 Si la CIJ es competente respecto de controversias que versen sobre “la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional”, en el sentido del Art. 36.3 del Estatuto, es evidente que un acto de agresión cae bajo esta descripción y la CIJ tiene competencia para determinarlo. Además, no se puede negar que un acto de agresión es una “cuestión de derecho internacional” (Art. 36.2 del Estatuto) ni que, por involucrar la aplicación de disposiciones convencionales, como el Art. 2.4 de la Carta, puede versar sobre “la interpretación de un tratado” (Art. 36.1). Es decir, no existen, a priori, objeciones *ratione materiae* para negar la competencia de la CIJ, una vez reunidas las demás condiciones para su ejercicio.

71 Aunque el Estatuto de Roma no contempla expresamente esta competencia, pensamos que la determinación puede realizarse tanto cuando la Sección de Cuestiones Preliminares autoriza la apertura de una investigación en virtud del Art. 15 bis, párrafo 8, como en la confirmación de cargos (Art. 61.7) y, naturalmente, en la sentencia de primera instancia (Art. 74). La doctrina comparte esta interpretación: v., *i.a.*, REISINGER CORACINI, A., “The International Criminal Court’s Exercise of Jurisdiction Over the Crime of Aggression – at Last ... in Reach ... Over Some”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 2, N°2, 2010, pp. 745-789, p. 773; POLITI, M., “The ICC and the Crime of Aggression. A Dream that Came Through and the Reality Ahead”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 267-288, p. 276; MCDUGALL, C., *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 355.

72 Combacau publicó su obra antes de que fuera aprobada la resolución 3314 (XXIX).

73 COMBACAU, J., *Le pouvoir de sanction de l’O.N.U. Étude théorique de la coercition non militaire*, Pedone, Paris, 1974, p. 97.

74 HERDEGEN, M., “The ‘Constitutionalization’ of the UN Security System”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 27, N°1, 1994, pp. 135-159, p. 152.



como una fórmula menos indeterminada que las restantes, podemos suponer que está pensando en su definición por el derecho internacional.

Akande considera que la discrecionalidad del CS es absoluta cuando se trata de la amenaza a la paz y del quebrantamiento de la paz, pero agrega:

“The position is, however, not exactly the same with respect to acts of aggression. It would not be correct to assert that a determination that an act of aggression has taken place is not one constrained by legal considerations. Aggression has been recognised as a crime against peace and to decide that a certain State has committed aggression is to engage the responsibility of that State and the individual responsibility of its leaders. Also, Article 19(3)(a) of Part One of the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility provides that a serious breach of the obligation prohibiting aggression is an international crime engaging the international criminal responsibility of the State.” A determination that an act is one of aggression cannot therefore be simply a political question; it is an area regulated by international law and is therefore legal. Nevertheless, it can be presumed from the history of the Charter and from subsequent practice that though the determination of aggression might well be a legal question it is one best left to a political body such as the Security Council in view of the political ramifications of such a determination”<sup>75</sup>.

Así, y luego de repasar los trabajos preparatorios de la Carta y los intentos de definir la agresión, concluye que la determinación de un acto de agresión, *al menos para los propósitos del Capítulo VII*, debe quedar a la sola discrecionalidad del CS<sup>76</sup>. Al aclarar que la discrecionalidad operaría solamente a los efectos del Capítulo VII, el autor implícitamente reconoce que la agresión, cuya naturaleza de categoría jurídica afirma, tiene efectos en virtud del derecho internacional, que pueden operar con independencia de la determinación por el CS. Con todo, su opinión es importante, pues, no obstante su conclusión, igualmente parte de distinguir la determinación del acto de agresión de las otras dos categorías del Art. 39.

Gill parece enrolarse en la posición tradicional respecto de considerar que el CS no está obligado a determinar la existencia de ninguna de las tres categorías del Art. 39. Sin embargo, al explicar por qué el CS no ha determinado nunca la existencia de un acto de agresión, considera:

“a determination by the Council that an act of aggression has occurred clearly denotes the ‘aggressor’ as the guilty party and politically commits the Security Council to take far-reaching coercive measures. A determination that a State has committed aggression virtually precludes any form of compromise solution and commits the Council to the most extreme action until the consequences of the aggressive act have been reversed and the perpetrators of the aggressive act(s) have been punished”<sup>77</sup>.

---

75 AKANDE, D., “The International Court of Justice and the Security Council: Is There Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, N° 2, 1997, pp. 309-343, p. 339.

76 *Ibidem*, p. 340.

77 GILL, T. D.: *op. cit.*, p. 45.

Si bien solamente se refiere a un compromiso de naturaleza política, es interesante advertir cómo de la determinación de la agresión, Gill piense que se derive un deber (político) para el CS de actuar, y de actuar hasta haber borrado las consecuencias de la agresión y castigado a sus autores. Estamos de acuerdo en que se trata de un deber, pero jurídico y, si el CS tiene el imperativo de actuar, también tiene el imperativo de *determinar*.

Parece aceptarse en la doctrina, entonces, que existe alguna diferencia entre la agresión, por un lado, y el quebrantamiento de la paz (del que constituye una especie, según el Art. 1.1 de la Carta) y la amenaza a la paz, por el otro. Esta diferencia estaría dada por el carácter jurídico de la agresión y sus (muy importantes) consecuencias en virtud del derecho internacional. El efecto de esa diferencia para el CS sería que el nivel de discrecionalidad del que goza es más limitado en el caso de la agresión que con las otras categorías. De hecho, esta es, pensamos, una de las razones por las que el CS no recurre, en la práctica, a la determinación de la existencia de un acto de agresión, optando por las otras categorías, como elaboraremos más adelante.

## B) LOS ARTÍCULOS 2 Y 4 DE LA DEFINICIÓN DE LA AGRESIÓN

Frente al argumento de la discrecionalidad limitada del CS respecto de la existencia de un acto de agresión, se suelen alzar las disposiciones de los Arts. 2 y 4 de la Definición de la Agresión<sup>78</sup>.

Así, el Art. 2 de la Definición dispone:

“El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad”.

De esa forma, la Definición faculta al CS a no realizar una determinación –o bien, determinar que no se ha cometido un acto de agresión, lo cual sería, aunque teóricamente posible, difícil de imaginar en la práctica<sup>79</sup>– incluso cuando se trate de un primer uso de la fuerza armada contrario a la Carta, si a la luz de las circunstancias, incluida la gravedad, dicha determinación no estaría justificada. Broms destaca que las dos menciones a la Carta en el artículo tienen por finalidad describir los poderes del CS y enfatizar el hecho de que la determinación de un acto

---

78 D'ARGENT, P. *et al.*: op. cit., pp. 1140-1141; DE WET, E.: op. cit., p. 146; CONFORTI, B., «Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, rupture de la paix ou d'un acte d'agression», en DUPUY, R. J. (Ed.), *Le développement du rôle du Conseil de sécurité. Peace-keeping and Peace-building*, Académie de Droit International de La Haye, Colloque, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pp. 51-60, p. 53. Aunque el mismo autor parece reconocer una diferencia en el Art. 39 relativa a la discrecionalidad del CS cuando se trata de “amenazas a la paz” respecto a las otras dos categorías: ‘La discrétionnalité peut se manifester surtout en ce qui concerne l’hypothèse de la “menace contre la paix”: il s’agit en effet d’une hypothèse très vague et élastique qui, contrairement à l’agression et à la rupture de la paix, n’est pas nécessairement caractérisée par des opérations militaires ou en tout cas impliquent l’utilisation de la force...’ (Ídem).

79 MCDUGAL, C., op. cit. nota 60, p. 342.

de agresión debe realizarse de conformidad con el instrumento constitutivo de las NU<sup>80</sup>. Puede surgir el interrogante, en este caso, de si se trata de un ejercicio amplio de la discrecionalidad del CS, en el sentido de que, por ejemplo, podría ignorar un acto de agresión por motivos políticos o si, por el contrario, está constreñido a usar su facultad de no determinación sólo en aquellos casos en los que, por no reunir la gravedad suficiente, el uso de la fuerza no es un acto de agresión. Nos resulta evidente que la segunda de las interpretaciones es la más correcta desde un punto de vista estrictamente jurídico, conforme a lo que venimos sosteniendo aquí: la gravedad es un elemento caracterizante de la agresión<sup>81</sup>, y si un uso de la fuerza no es grave –aunque ilícito– no constituye un acto de agresión y, por lo tanto, el CS no debería calificarlo como tal. Sin embargo, la práctica del CS, como veremos, revela que pueden existir otras “circunstancias pertinentes”, que hagan que el CS considere que, no obstante de tratarse de una agresión, dadas las consecuencias jurídicas y políticas que posee tal determinación, no sea conveniente efectuarla, optando por alguno de los otros tipos previstos en el Art. 39<sup>82</sup>. Pero adviértase que una cosa es afirmar que el CS puede, en ejercicio de su discrecionalidad limitada en virtud del Art. 39, optar por no determinar la existencia de un acto de agresión y determinar que, por ejemplo, existe un quebrantamiento de la paz, y otra muy diferente es admitir que, basado en el Art. 2 de la Definición, pueda no realizar ninguna determinación cuando efectivamente se haya cometido un acto de agresión. En el primer caso, estará cumpliendo con su deber de determinación y de adoptar recomendaciones o decisiones para restablecer la paz y la seguridad internacionales, como se lo impone el Art. 39. En el segundo, en cambio, estará faltando a su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (Art. 24.1 de la Carta), en contravención de su deber de actuar de conformidad con los Propósitos y Principios de las NU (Art. 24.2). Esto se debe a que, como se dijo, la existencia de la agresión es independiente de su determinación por el CS. En conclusión, el Art. 2 de la Definición, aunque permite al CS ejercer cierto grado de discrecionalidad, conforme al Art. 39 de la Carta, no lo habilita a no tomar ninguna determinación cuando una agresión se ha cometido y, por lo tanto, no impide nuestras anteriores consideraciones.

Por su parte, el Art. 4 de la Definición establece: “*La enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva y el Consejo de Seguridad podrá determinar qué otros actos constituyen agresión, con arreglo a las disposiciones de la Carta*”. Comentando este artículo, Broms sostiene que es el CS solo quien ha sido mencionado como un órgano dotado con este poder de determinación. En la tarea, se espera que actúe “con arreglo a las disposiciones de la Carta”, pero se ha dejado abierto si fue la intención de los autores que el CS usara sus poderes discrecionales solamente a la luz de un caso particular o si también se pretendió que el CS fuera capaz de alcanzar una resolución de principio según la cual ciertos actos pudieran calificar como actos de agresión. Ambas situaciones pueden ser contempladas de acuerdo a la práctica<sup>83</sup>.

---

80 BROMS, B. B., op. cit., p. 345.

81 PEZZANO, L., “El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. 4 (2015), pp. 86-104.

82 Particularmente, por el quebrantamiento de la paz, atento a lo que lo caracteriza en la práctica del CS, como veremos más adelante.

83 BROMS, B. B., op. cit., p. 355.

Si bien podemos considerar esta disposición como otro reconocimiento de la discrecionalidad (limitada) del CS en materia de determinación, pensamos que debe ser aún más limitada que la del Art. 2. Que el CS pueda considerar como “acto de agresión” a un acto no enumerado en el Art. 3 de la Definición<sup>84</sup> no le permite apartarse de la definición general del Art. 1<sup>85</sup>, y ello es así, por cuanto su poder de calificación se ejerce “con arreglo a las disposiciones de la Carta”<sup>86</sup>, y la agresión es la más grave forma de violación del principio consagrado en el Art. 2.4 del instrumento fundacional de las NU. Mal podría, entonces, calificar el CS como agresión a un acto que no constituyera un uso grave de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. Adviértase que no estamos considerando que el Art. 1 *per se* obligue al CS, sino que los límites a su accionar provienen de la Carta misma, cuestión sobre la que volveremos, pero que aquí debemos señalar que el Art. 24.2 le impone el deber de actuar “de acuerdo a los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”; por lo tanto, en su determinación de la existencia de un acto de agresión, incluso bajo el Art. 4 de la Definición, sigue estando vinculado por las disposiciones del Art. 2.4 de la Carta. De la misma manera, no podría usarse el Art. 4 de la Definición para pretender ampliar los poderes del CS más allá de los límites de la Carta, pero incluso si así se pretendiera, debe advertirse que la facultad del Art. 4 solamente se limita a la enumeración del Art. 3, y no a la definición general del Art. 1.

Por lo tanto, ninguna de las disposiciones puede usarse para justificar que los poderes del CS en materia de determinación de la agresión no estén sometidos al derecho internacional en la materia, en particular a la Carta y a la norma imperativa (*ius cogens*) que prohíbe la agresión.

---

84 “Con sujeción a las disposiciones del artículo 2 y de conformidad con ellas, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de” la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El 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”.

85 “La agresión es 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, tal como se enuncia en la presente Definición”.

86 Lo que también es destacado por ZOUREK, J., “Enfin une définition de l’agression”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 20, 1974, pp. 9-30, p. 23.

### III. LA EXISTENCIA DE DEBERES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD CON RELACIÓN A LA AGRESIÓN

El análisis que antecede demuestra que, por un lado, la interpretación del sentido corriente de los términos del Art. 39 parece imponer al CS un deber de determinar la existencia de un acto de agresión y de adoptar recomendaciones o medidas para restablecer la paz y la seguridad internacionales. Al mismo tiempo, la norma, si bien puede reconocer cierta discrecionalidad de parte del CS al momento de realizar el acto de determinación, no se trata de una discrecionalidad absoluta, sino que está limitada, en primer lugar –según lo ha planteado el TPIY–, por los Propósitos y Principios de las NU, que el CS debe respetar en virtud del Art. 24.2 de la Carta.

Asimismo, también vimos cómo algunos autores recurren a estas disposiciones (los Arts. 1, 2 y 24 de la Carta) a los efectos de interpretar el Art. 39, lo cual es plenamente coherente con la regla del Art. 31.1 de la Convención de Viena. En efecto, al recurrir a tales disposiciones, se interpreta el Art. 39 en su contexto, esto es, dentro de los deberes del CS en virtud de su responsabilidad primordial (Art. 24), teniendo en cuenta el objeto y fin de la Carta (Art.1.1). Compartimos esta interpretación, pero al mismo tiempo, y en aras de la cuestión en la que este artículo se inserta, queremos insistir que tales disposiciones son también en sí mismas –junto con el Art. 39– fuentes de deberes positivos para el CS.

Lo mismo sucederá con la para nosotros importante caracterización que realizó el TPIY del acto de agresión. Como vimos, la Sala de Apelaciones diferenció al acto de agresión de las restantes categorías del Art. 39 basado en su carácter jurídico, lo que nos lleva a pensar que las limitaciones a que está sujeta la discrecionalidad del CS pueden ser más estrictas en el caso de la agresión, cuya definición y consecuencias jurídicas están reguladas por el derecho internacional y, de hecho, su prohibición reviste el carácter de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Desde el punto de vista de la interpretación, estas normas pueden considerarse a la luz de la regla del Art. 31.3.c) de la Convención de Viena, en virtud de la cual debe tenerse en cuenta para la interpretación, además del contexto, “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. No obstante, al igual que en el caso anterior, pensamos que estas normas son en sí mismas fuentes de deberes para el CS y como tales las analizaremos.

#### 1. Deberes derivados de los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas

Sostenemos que los Propósitos y Principios de las NU son fuente de deberes para el CS. El Art. 24.2 de la Carta es claro al disponer que “*en el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas*”. Recordemos que los textos inglés y francés usan el término “duties” and “devoirs”, respectivamente, en lugar de “funciones”, y que el Art. 24.1 *in fine*, se refiere al desempeño de “las funciones que *le impone*” su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales. En otros términos, podemos sostener que el CS *debe* proceder (“shall proceed”, en el texto inglés) *de acuerdo* con los Propósitos y Principios de la Carta al desempeñar los deberes que su responsabilidad primordial le impone.

Si debe actuar de acuerdo con los Propósitos y Principios, esto implica que no puede válidamente apartarse de estos en su accionar. Aunque, como vimos, tradicionalmente se piensa en estos como límites de la acción del CS, nada impide verlos también como fuente de deberes positivos. Peters lo subraya en términos sucintos pero muy claros: “*legal limits do not only apply to Security Council action, but also to its inaction*” (*énfasis en el original*)<sup>87</sup>. Su conclusión es lógica: si el CS tiene el deber de actuar de conformidad con los Propósitos y Principios, ese deber se aplica tanto en un sentido negativo como positivo. Pretender una interpretación que solo los vea como límites va contra el sentido corriente que cabe asignarle a los términos “de acuerdo” (“in accordance”, “conformement”); la formulación es lo suficientemente general como para comprender también los deberes positivos. Además, aunque algunos principios estén formulados en términos de prohibición, como sucede con el Art. 2.7<sup>88</sup>, otros están establecidos en términos positivos, siendo el ejemplo más claro el del Art. 2.6, al disponer que la Organización “hará” (“shall ensure”) que los no Miembros se conduzcan de acuerdo con los principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales. Por otra parte, los propósitos, por definición, están expresados en términos positivos, al indicar los objetivos de la Organización, por lo que es difícil verlos como restricciones.

Aceptando entonces que el CS debe proceder de acuerdo con los Propósitos y Principios (Art. 24.2), y que estos son fuente de deberes, en el caso de la agresión cobran especial relevancia el Propósito establecido en el Art. 1.1 y el Principio consagrado en el Art. 2.4 de la Carta.

El primero es el primer y principal<sup>89</sup> propósito de la Organización: “*Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz...*”. La agresión es específicamente nombrada en el párrafo, apareciendo como un objetivo de la Organización adoptar medidas colectivas para *suprimir* los actos de agresión, como parte de su propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales.

No es necesario ahondar mucho en materia de interpretación para concluir que el CS, ante una agresión, debe tomar medidas colectivas eficaces para suprimirla, puesto que ello se deriva, por un lado, del principal propósito de la Organización (Art.1.1 de la Carta), de acuerdo con el cual el CS debe proceder, de conformidad al Art. 24.2; y, por otro lado, porque se trata precisamente de su “responsabilidad primordial”, en virtud del Art. 24.1 y, aunque, la palabra

87 PETERS, A: op. cit. en nota 2, p. 32

88 Que, no obstante, reconoce a las medidas del Capítulo VII como una excepción.

89 El rol del mantenimiento de la paz en el esquema de la Carta fue reconocida por la CIJ en su opinión consultiva sobre *Ciertos gastos*: “*The primary place ascribed to international peace and security is natural, since the fulfilment of the other purposes will be dependent upon the attainment of that basic condition*” (CIJ: *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 151, p. 168). No obstante, aunque su importancia no puede ser disminuida, y se acepta a menudo que los demás propósitos deben coadyuvar a lograrlo, eso no implica que se subordinen a él. Por ejemplo, no sería posible que una medida decidida por el CS en ejercicio de su responsabilidad primordial violara manifiestamente el principio de libre determinación de los pueblos (Art. 1.2) o los derechos humanos (Art. 1.3) y pretendiera justificarse en el cumplimiento del propósito del Art. 1.1. Al contrario, la disposición del Art. 24.2 implica que el CS debe actuar de acuerdo con *todos* los Propósitos y Principios al mantener la paz y la seguridad internacionales.

“primordial” (*primary/principal*) no significa “exclusiva”<sup>90</sup>, sí significa que el CS es el *primer* llamado a responder cuando la paz se ve afectada, máxime por una violación de la naturaleza de la agresión.

El segundo es un principio fundamental, no solo de las NU, sino de todo el ordenamiento jurídico<sup>91</sup>, sobre el cual se asienta el derecho internacional contemporáneo: “*Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*”. Es curioso que cuando los autores comentan la disposición en el contexto del Art. 24.2 se limitan a discutir si el CS es o no destinatario de la prohibición –que claramente no lo es, puesto que la acción que decida en virtud del Art. 42 o que autorice según la práctica constituye una excepción al principio<sup>92</sup>–, pero no se detienen a analizar si la norma puede constituir algún tipo de condicionante al poder (para nosotros, deber) de determinación en virtud del Art. 39. Esto es extraño, por cuanto al menos dos de las categorías del Art. 39 –el quebrantamiento de la paz y el acto de agresión– implican una violación de la prohibición del uso de la fuerza y, por lo tanto, el CS debe actuar de acuerdo al Art. 2.4 al momento de cumplir con su deber de determinar.

Asimismo, el Art. 1 de la Definición de la Agresión es claro al vincular la agresión con la prohibición del uso de la fuerza, a punto de reproducir gran parte del contenido del Art. 2.4<sup>93</sup>: en otros términos, la agresión es la forma más grave de uso prohibido de la fuerza en virtud de la Carta<sup>94</sup>. ¿Es posible, entonces, que la Carta permita al CS no actuar cuando se comete una violación –la más grave– de un principio tan fundamental de las NU? Responder por la afirmativa, pretendiéndose fundar en una pretendida discrecionalidad absoluta del CS en virtud del Art. 39, chocaría abiertamente con la regla del Art. 24.2, a punto de privarla de sentido. Si el CS tuviera la facultad de no actuar frente a graves violaciones de los Principios de las NU, ¿qué objeto tendría la norma? Una interpretación que asegure un efecto útil del Art. 24.2 nos lleva necesariamente a reconocer la existencia de algún tipo de deber positivo del CS.

---

90 CIJ: *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962: *I.C.J. Reports 1962*, p. 151, p. 163; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*; *C. I. J. Recueil 2004*, p. 136, párr. 26.

91 Como sostuvo el Magistrado Simma en su opinión separada en el caso de las *Plataformas Petroleras* (CIJ: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, *I. C. J. Reports 2003*, p. 161, Opinión separada de Simma, p. 330).

92 CORTEN, O., *The Law Against War. The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 312 y ss.

93 DINSTEIN, Y., op. cit. en nota 62, pp. 127-128.

94 Al respecto, el quinto párrafo del preámbulo de la Definición es claro al considerar que “*la agresión constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza*”, y la propia resolución 3314 (XXIX), al instar en su párrafo 3 “*a todos los Estados a que se abstengan de todo acto de agresión y de cualquier otro uso de la fuerza contrario a la Carta de las Naciones Unidas*”, indica que no todo uso ilícito de la fuerza constituye un acto de agresión. La CIJ se hizo eco de esta distinción al diferenciar entre los actos de agresión (o ataques armados) y los usos menos graves de la fuerza (CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, párr. 191).

Graefrath, vinculando el Art. 2.4 con el Art. 39, sostuvo:

“the determination of a threat to peace according to Article 39 is not only a factual or political judgment but also a legal one. Since peace is the law, such a decision necessarily includes a determination that a State has violated a basic international norm. A determination under Article 39 which is not based on the finding of such a breach would be *ultra vires*”<sup>95</sup>.

Si bien el autor se refiere a la amenaza a la paz del Art. 39, *a fortiori* podemos aplicar su razonamiento al caso de la agresión: la agresión es el supremo quebrantamiento de la paz y la más grave violación de la prohibición del uso de la fuerza; su existencia sin su determinación –ni la subsiguiente acción– de parte del CS implicaría una violación de su responsabilidad primordial.

En definitiva, la lectura armónica del deber del Art. 24.2, con relación al Art. 1.1 (y al Art. 24.1) y el Art. 2.4, nos lleva a sostener que, en caso de agresión, el CS tiene el deber de adoptar medidas colectivas eficaces para suprimir actos de agresión y, así restablecer la paz y la seguridad internacionales que han sido quebrantadas por el uso más grave de la fuerza armada contrario a la Carta. Y si está obligado a adoptar tales medidas, también lo estará a determinar la existencia de ese acto de agresión en virtud del Art. 39, puesto que la determinación es el requisito indispensable para la activación de sus poderes en el Capítulo VII.

## 2. Deberes derivados de la prohibición *ius cogens* de la agresión

La mayoría de la doctrina acepta que las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) vinculan al CS<sup>96</sup>. Sin embargo, pocos autores indican que estas pueden generar deberes positivos para el órgano<sup>97</sup> y, sorprendentemente, ninguno señala los efectos que la prohibición de la agresión puede tener sobre sus poderes, en particular, sobre el acto de determinación y las recomendaciones o decisiones del Art. 39.

95 GRAEFRATH, B., “International crimes and collective security”, en WELLENS, K. (Ed.): *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1998, pp. 237-253, p. 242.

96 V. CIJ: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I. C.J. Reports 1993*, p. 325, Opinión separada del Magistrado ad hoc Lauterpacht, párr. 100; PETERS, A., “Article 25”, en SIMMA, B. *et al.* (Eds.), *op. cit.* en nota 6, pp. 787-854, p. 818; DOEHRING, K., “Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 1997, pp. 91-109, p. 99; LAMB, S., “Legal Limits to United Nations Security Council Powers”, en GOODWIN-GILL, G. S. y TALMON, S., *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 361-388, p. 372; DOMINICÉ, C., “Le Conseil de sécurité et le droit international”, en *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Graduate Institute Publications, Geneva, 1997, pp. 207-220, párr. 66; HERDEGEN, M., *op. cit.* en nota 74, p. 156.

97 SCHMIDT, D. R., “Institutionalising Morality: The UN Security Council and the Fundamental Norms of the International Legal Order”, en BREMS KNUDSEN, T. y NAVARI, C. (Eds.): *International Organization in the Anarchical Society*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, pp. 99-125, p. 112.



Pero la prohibición de la agresión es el ejemplo paradigmático<sup>98</sup> de norma imperativa de derecho internacional general, en los términos del Art. 53 de la Convención de Viena de 1969, y su carácter como tal es indudable.

Es más, la agresión ha sido considerada como el “crimen internacional por antonomasia”<sup>99</sup> o, en los términos de los Proyectos de artículos de la CDI sobre responsabilidad (de los Estados, de 2001 y de las organizaciones internacionales, de 2011), el caso más claro<sup>100</sup> de una “violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional general” (Arts. 40 del Proyecto de 2001 y 41 del Proyecto de 2011). La existencia de una violación de esta naturaleza da lugar a una serie de consecuencias para todos los Estados (Art. 41 del Proyecto de 2001 y conclusión 19.1 del Proyecto de la CDI sobre identificación y consecuencias jurídicas de las normas de *ius cogens*, aprobado en 2022), pero también para las organizaciones internacionales. Así, el Art. 42.1 del Proyecto 2011 dispone: “*Los Estados y las organizaciones internacionales cooperarán para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave*”. En virtud de esta regla, las NU están obligadas a cooperar para poner fin a una agresión y, naturalmente, esta obligación debe conducirse a través de los mecanismos de la Carta, que ya hemos señalado, y que asignan la responsabilidad primordial al CS en esa área. Por lo tanto, el CS también aparecería vinculado por el carácter *ius cogens* de la prohibición de la agresión y sus consecuencias.

Aunque técnicamente la regla se aplica a una violación grave cometida por una organización internacional, la CDI sostuvo en su comentario que “*no es baladí que se considerase que esas obligaciones se aplicaban a las organizaciones internacionales cuando un Estado supuestamente cometía una violación*”<sup>101</sup>. Esto significa que la ONU, como una organización internacional, tiene el deber jurídico de cooperar para poner fin a una violación grave de una norma imperativa cometida también por un Estado. Además, en el comentario a la conclusión 19.1 de su Proyecto de 2022, la CDI destacó la posición central de la ONU respecto de este deber: “*Según el tipo de violación y el tipo de norma imperativa de que se trate, el sistema colectivo de las Naciones Unidas será el marco de cooperación preferido*”<sup>102</sup>. Es evidente que una agresión cae dentro del “tipo de violación” al que la CDI hace referencia. El comentario agrega:

“en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), las organizaciones internacionales deben actuar, en el marco de sus respectivos mandatos y cuando así lo permita el derecho internacional, para poner fin a esas violaciones.

98 CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 73º período de sesiones*, UN doc. A/77/10, pp. 93-94, párr. 7.

99 CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 108, párr. 33.

100 En su comentario al Art. 40, la CDI sostuvo: “*hay que tener presente que algunas de las normas imperativas de que se trata, muy especialmente las prohibiciones de la agresión y del genocidio, requieren por su propia naturaleza una violación intencional en gran escala*” (CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Vol. II (segunda parte). Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007, p. 121, párr. 8).

101 CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011*, Vol. 2, Parte 2, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2016, p. 93, párr. 5.

102 CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 73º período de sesiones*, UN doc. A/77/10, p. 79, párr. 8.

Así pues, cuando una organización internacional tenga facultad discrecional para actuar, la obligación de cooperar impone a los miembros de esa organización internacional el deber de actuar con miras a que la organización ejerza esa facultad discrecional de manera que se ponga fin a la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El deber de las organizaciones internacionales de ejercer su discrecionalidad de manera que se ponga fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es el corolario necesario de la obligación de cooperar prevista en el párrafo 1 del proyecto de conclusión 19<sup>103</sup>.

Aunque está redactado en términos generales, el comentario está claramente dirigido a las NU, y en especial, al CS, que es el órgano que más ampliamente ejerce esa discrecionalidad a la que se refiere la CDI. El comentario afirma –en línea con lo que venimos sosteniendo aquí– que el *ius cogens* no es solamente un límite a esta discrecionalidad, sino que también impone un deber positivo a las organizaciones internacionales.

Si la ONU como organización internacional tiene esta obligación, debe cumplirla a través de sus órganos, de acuerdo a sus respectivas funciones y poderes. En virtud de la Carta, la “responsabilidad primordial” del mantenimiento de la paz recae en el CS, y debe ser, por tanto, el primero en adoptar medidas, de conformidad con sus vastos poderes para poner fin a una violación grave, en nuestro caso, a una agresión. Por lo tanto, la CDI confirma nuestra apreciación de que la discrecionalidad del CS en virtud del Art. 39 está más limitada con relación a los actos de agresión, por fuerza de las normas de *ius cogens*. Esta limitación, como hemos dicho, también opera en un sentido positivo, imponiendo al CS el deber de determinar la existencia de un acto de agresión (como traducción del deber de cooperar para poner fin a la violación), deber que parece verse reforzado atento al carácter imperativo de la prohibición de la agresión.

No olvidemos que la agresión es incluso llamada por su nombre en el Art. 1.1 de la Carta –la única violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa que es mencionada en su texto–, y la determinación de su existencia activa los poderes del CS en virtud del Capítulo VII.

No podemos dejar de advertir una clara –y, pensamos, inescindible– vinculación entre la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de la agresión con los Propósitos y Principios de las NU<sup>104</sup>, dado que puede sostenerse que la Carta recepta varias de estas normas<sup>105</sup>. Tanto las normas de *ius cogens* como la Carta –además de su lugar jerárquico en el ordenamiento jurídi-

---

103 Ibidem, p. 81, párr. 11.

104 En contra, Costelloe: ‘Nonetheless, peremptory norms and their legal consequences form part of general international law and are not necessarily congruent with the Purposes and Principles of the United Nations, nor with States’ other obligations under the Charter’ (COSTELLOE, D., *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 132). Sin embargo, el autor no explica cómo las normas imperativas podrían no ser congruentes con la Carta, lo cual nos parece difícil de imaginar. Es más, podría argumentarse que la existencia misma de la ONU está dirigida a proteger los mismos valores comunes que subyacen a las normas imperativas, por lo que una incongruencia sería lógica y jurídicamente imposible (V. SCHMIDT, D. R.: op. cit., p. 116).

105 ORAKHELASHVILI, A., “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, Nº1, 2005, pp. 59-88, p. 67; SCHMIDT, D. R., op. cit., p. 110.

co-presuponen la existencia de valores comunes de la comunidad internacional que deben ser protegidos<sup>106</sup>, y la Carta dota a la comunidad internacional de las herramientas para hacerlo, siendo el CS una de ellas.

De manera tal que no podemos interpretar y los deberes del CS en virtud de los Propósitos y Principios sin tener en cuenta la norma imperativa de prohibición de la agresión. Como subraya Tomuschat, las normas de *ius cogens* proveen una importante guía para interpretar las disposiciones relevantes de la Carta<sup>107</sup>. Esto significa que, incluso negando que las normas de *ius cogens* impongan deberes positivos al CS, estas pueden ser utilizadas para interpretar sus deberes en virtud de la Carta, y la conclusión sería la misma: el CS tiene el deber de actuar en el caso de una agresión, una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa, porque esta quebranta la paz y la seguridad internacionales que aquel está llamado a mantener.

#### **IV. LA PRÁCTICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD RELATIVA A LA AGRESIÓN**

Hasta aquí hemos propuesto una interpretación del Art. 39 que, acorde a las disposiciones del Art. 24.2 de la Carta y a la norma imperativa que prohíbe la agresión, nos permite concluir que el CS está obligado a determinar la existencia de un acto de agresión y a adoptar medidas a su respecto si es que no quiere incumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales.

Sin embargo, un estudio de esta cuestión estaría incompleto si no analizamos la práctica del CS con relación a la agresión. Es casi un lugar común en la literatura especializada la afirmación de que el CS nunca determinó la existencia de un acto de agresión en el sentido del Art. 39<sup>108</sup>, mas eso no implica que la agresión no aparezca con cierta frecuencia en la práctica del órgano, y a su análisis dedicaremos esta sección.

##### **1. Los intentos fallidos de determinación**

A lo largo de su historia, el CS se enfrentó a situaciones que, de acuerdo a algunos de sus miembros, requerían la determinación de la existencia de un acto de agresión en el sentido del Art. 39.

En la noche del 11 al 12 de diciembre de 1955, fuerzas armadas israelíes llevaron a cabo operaciones en la costa oriental del lago Tiberíades, en territorio sirio, que acabaron con 62

---

106 La conclusión 2 del Proyecto de 2022 de la CDI establece que: “*Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional. Estas normas son universalmente aplicables y son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional*”.

107 TOMUSCHAT, C., “The Security Council and *Jus Cogens*”, en CANNIZZARO, E. (Ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Sapienza Ed., Roma, 2015, pp. 7-98, p. 71.

108 KRISCH, N., op. cit., p. 1293; MCDUGALL, C., op. cit. en nota 71, p. 107.

muerdos y cuantiosos daños materiales. Siria presentó un proyecto de resolución<sup>109</sup> por el cual el CS habría censurado a Israel por el ataque y habría declarado que ataque constituía una agresión con arreglo al Art. 39. El proyecto fue retirado antes de ser sometido a votación en la 715ª sesión. Es significativo, no obstante, mencionar la declaración del representante de Francia, quien sostuvo:

«L'opération menée le 12 décembre par les forces israéliennes n'a pas duré plus de quelques heures; elle n'avait pas pour but l'ouverture d'hostilités généralisées contre la Syrie. C'est la seule raison pour laquelle elle ne tombe pas sous le coup des dispositions du Chapitre VII de la Charte. Il s'en est fallu de fort peu que le Conseil n'ait eu à intervenir au titre de l'Article 39 et des articles suivants de la Charte»<sup>110</sup>

Es interesante que considerara que, de haber resultado un incidente de mayor gravedad, el CS habría tenido<sup>111</sup> que intervenir, dando así un claro sentido de obligatoriedad al Art. 39.

Más de un cuarto de siglo después, el 14 de diciembre de 1981, Israel decidió imponer sus leyes, jurisdicción y administración en las Alturas del Golán. El CS aprobó la resolución 497 (1981) en la que declaró nula y sin valor la decisión israelí y le exigió que la revocara de inmediato. Cuando el CS retomó la consideración de la cuestión tras el rechazo israelí, el representante de Jordania presentó un proyecto de resolución<sup>112</sup>, por el cual, entre otras cosas, invocando expresamente la resolución 3314 (XXIX) y citando el Art. 3, inc. a) de la Definición, el CS habría declarado que las medidas adoptadas por Israel en el territorio sirio ocupado constituían un acto de agresión de conformidad al Art. 39. Sometido a votación en la 2329ª sesión, el 20 de enero de 1982, el proyecto recibió 9 votos a favor, 1 en contra (Estados Unidos) y 5 abstenciones (Francia, Irlanda, Japón, Panamá y Reino Unido), no resultando aprobado por el veto estadounidense. Durante el debate, el representante de Siria consideró que “es deber y responsabilidad del Consejo de Seguridad determinar la existencia de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz, así como de un flagrante acto de agresión en la situación que tenemos ante nosotros”<sup>113</sup>. Al justificar su voto negativo, la representante de los Estados Unidos no solamente no negó los deberes del CS, sino que sostuvo que “[e]l Artículo 39 de la Carta confiere al Consejo de Seguridad la responsabilidad de hacer frente a los actos que constituyan una amenaza a la paz y la seguridad internacionales”<sup>114</sup>.

Respecto de la situación en Namibia, en la 2276ª sesión, el 29 de abril de 1981, el representante de Uganda presentó un proyecto de resolución<sup>115</sup> según el cual, el CS, entre otras cosas, ha-

109 CS: *Siria: Proyecto de resolución*, UN doc. S/3519.

110 CS: *Documents officiels. Onzième année. 710ème séance*, S/PV.710, párr. 71.

111 La versión en español lo tradujo como “se viera obligado”.

112 CS: *Jordania: proyecto de resolución revisado*, UN doc. S/14832/Rev. 1.

113 CS: *Acta taquigráfica provisional de la 2322ª sesión*, UN doc. S/PV.2322, pp. 28-30.

114 CS: *Documentos oficiales. Trigésimo séptimo año. 2329ª sesión*, UN doc. S/PV.2329, párr. 157. También agregó: “No aprobamos la anexión de las Alturas del Golán cometida por Israel; ciertamente, ni siquiera creemos que se haya producido esa anexión” (Ibidem, párr. 161). Eso es muy interesante, puesto que permite la lectura *a contrario*: de haberse producido a su criterio la anexión –un acto de agresión en el sentido del Art. 3, inc. a) de la Definición de la Agresión–, el CS debería haber actuado.

115 CS: *México, Níger, Panamá, Túnez y Uganda: proyecto de resolución*, UN doc. S/14459.

bría determinado dentro del contexto del Art. 39 que la continuación de la ocupación ilegal de Namibia por Sudáfrica es un acto de agresión y que los repetidos ataques armados perpetrados por Sudáfrica contra Estados independientes y soberanos en el África meridional constituyen graves actos de agresión. Sometido a votación en la 2277ª sesión, el proyecto no fue aprobado por obtener un triple veto, de los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido.

Finalmente, debemos mencionar, por su dramática actualidad, la situación en Ucrania. Un día después del inicio de la “operación militar especial” de Rusia, un amplio número de Estados Miembros presentaron un proyecto de resolución<sup>116</sup> por el que, entre otras cosas, el CS habría deplorado la agresión cometida por Rusia contra Ucrania, aunque sin invocar expresamente el Art. 39. En la 8979ª sesión, el proyecto obtuvo 11 votos a favor, 1 en contra (Rusia) y 3 abstenciones (China, India y Emiratos Árabes Unidos), y no fue aprobado debido al veto ruso.

## 2. La condena sin determinación

Como lo destaca la doctrina<sup>117</sup>, existen ciertas resoluciones<sup>118</sup> que condenan “actos provocativos y agresivos”<sup>119</sup>, “actos de provocación y agresión”<sup>120</sup>, “actos de agresión”<sup>121</sup>, “actos de agresión armada”<sup>122</sup>, “actos sistemáticos de agresión”<sup>123</sup>, “actos de agresión, no provocados y de carácter hostil”<sup>124</sup>, “actos premeditados y provocativos de agresión”<sup>125</sup>, “actos de agresión y provocación”<sup>126</sup>, “actos continuos, intensificados y no provocados de agresión”<sup>127</sup>, “actos de agresión hostiles, no provocados y persistentes”<sup>128</sup>, “agresión de mercenarios”<sup>129</sup>, “actos agresivos”<sup>130</sup> “ac-

---

116 CS: *Albania et al.: Proyecto de resolución*, UN doc. S/2022/155.

117 WEISBORD, N., “Prosecuting aggression”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, Nº1, 2008, pp.161-220, p. 169.

118 Una reseña de estas resoluciones puede encontrarse en COMISIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Examen histórico de la evolución en materia de agresión*, UN doc. PC-NICC/2002/WGCA/L.1. pp. 178-187. V. también GREPPI, E., “State Responsibility for Acts of Aggression Under the United Nations Charter: A Review of Cases”, en BELLELLI, R. (Ed.): *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, 2010, pp. 499-518.

119 Resolución 326 (1973), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

120 Resolución 386 (1976), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

121 Resoluciones 387 (1976), sobre la denuncia de Kenya relativa al acto de agresión de Sudáfrica contra Angola; 447 (1979) y 602 (1987), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica; 568 (1985) y 572 (1985), sobre la denuncia de Botswana contra Sudáfrica; 580 (1985), sobre la denuncia de Lesotho contra Sudáfrica; y 667 (1990), sobre la situación entre el Iraq y Kuwait.

122 Resoluciones 405 (1977), sobre la denuncia de Benin, y 573 (1985), sobre la denuncia de Túnez.

123 Resolución 411 (1977), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

124 Resolución 424 (1978), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

125 Resolución 445 (1979), sobre la situación en Rhodesia del Sur.

126 Resolución 454 (1979), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

127 Resoluciones 455 (1979), sobre la situación en Rhodesia del Sur; y 577 (1985), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

128 Resoluciones 475 (1980), 571 (1985) y 574 (1985), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

129 Resoluciones 496 (1981) y 507 (1982), sobre la denuncia de Seychelles.

130 Resolución 527 (1982), sobre la denuncia de Lesotho contra Sudáfrica.

tos persistentes de agresión”<sup>131</sup>, “actos de agresión intensificados, premeditados y no provocados”<sup>132</sup> o, simplemente, “la agresión”<sup>133</sup>.

Sin embargo, no podemos identificar ninguna de ellas como el acto de determinación del Art. 39. Para sostener esta afirmación, nos basamos en los siguientes elementos: a) varias de dichas resoluciones tenían una previa calificación del CS, sea como amenaza a la paz<sup>134</sup>, o como quebrantamiento de la paz<sup>135</sup>, y esa determinación no fue cambiada; b) en algunas de ellas se condena “actos de agresión” cometidos por mercenarios sin que se les atribuya a un Estado<sup>136</sup>, lo cual va en contra del sentido jurídico del término “agresión” –como un uso grave de la fuerza *interestatal*<sup>137</sup>–; y c) aunque en algunas de esas resoluciones<sup>138</sup>, el CS se refirió al deber de indemnizar los daños causados por un acto de agresión, no parece que lo haya hecho teniendo en cuenta la gravedad de la agresión, ni sus implicancias particulares respecto de la responsabilidad internacional<sup>139</sup>.

Paulus agrega, además, que estas condenas de “actos de agresión” no fueron adoptadas en virtud del Capítulo VII<sup>140</sup>. Si bien ello es correcto en la mayoría de los casos, la resolución 667 (1990) sí se adoptó en virtud del Capítulo VII, pero presenta ciertas particularidades que justifican su análisis detenido. En sus disposiciones, el CS se mostró indignado por las violaciones de los locales diplomáticos en Kuwait cometidas por el Iraq y por el secuestro de personal que goza de inmunidad diplomática y de nacionales extranjeros que se hallaban en dichos locales, y considerando “*que estas acciones del Iraq constituyen actos de agresión y una violación flagrante de sus obligaciones internacionales que amenazan con destruir el desarrollo de las relaciones internacionales de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*”, considerando además

“que la gravedad de las acciones del Iraq, que constituyen una nueva escalada de sus transgresiones del derecho internacional, obliga al Consejo no solo a expresar su reacción inmediata, sino además a celebrar consultas urgentes para adoptar nuevas medidas concretas que aseguren el cumplimiento por parte del Iraq de sus resoluciones” y “Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta”,

---

131 Resolución 546 (1984), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

132 Resolución 567 (1985), sobre la denuncia de Angola contra Sudáfrica.

133 Resolución 611 (1988), sobre la denuncia de Túnez.

134 En el caso de Rhodesia del Sur, la situación había sido calificada como amenaza a la paz en las resoluciones 217 (1965) y 232 (1966), y en el caso de Sudáfrica, mediante la resolución 418 (1977).

135 En el caso de Iraq-Kuwait, mediante la resolución 660 (1990) determinó que existía un quebrantamiento de la paz. Volveremos sobre esta cuestión.

136 Resoluciones 405 (1977), sobre la denuncia de Benin, y 496 (1981) y 507 (1982), sobre la denuncia de Seychelles.

137 PEZZANO, L.: op. cit. en nota 59, p. 245.

138 Por ejemplo, las citadas resoluciones 387 (1976) y 546 (1984).

139 El CS reconoció la procedencia de indemnizaciones en otras resoluciones en las que no condenaba actos de agresión, sin diferencia alguna con las aquí mencionadas (GRAEFRATH, B.: “Iraqi reparations and the Security Council”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 55, 1995, pp. 1-68, pp. 17-20). Esto induce a pensar que trató a estos actos como meros hechos ilícitos que dan lugar a responsabilidad internacional, pero no del tipo de responsabilidad agravada que implica la comisión de un acto de agresión.

140 PAULUS, A., “Second Thoughts on the Crime of Aggression”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, N°4, 2010, pp. 1117-1128, p. 1125.

condenó “*enérgicamente los actos de agresión perpetrados por el Iraq contra los locales diplomáticos en Kuwait y su personal, entre ellos el secuestro de nacionales extranjeros que se encontraban en esos locales*”. ¿Qué significado cabe asignar a esta calificación de “actos de agresión” que realiza el Consejo?

McDougall señala que la resolución 667 (1990) parece calificar como un acto de determinación<sup>141</sup>. Sin embargo, no compartimos su apreciación. Nada hay en la resolución que indique que se trata de un nuevo acto de determinación, posterior al de la resolución 660 (1990)<sup>142</sup> – que comentamos *infra*–, no obstante ser tomada en virtud del Capítulo VII. Es más, los textos inglés y francés de la resolución no se refieren a “actos de agresión” sino a “actos agresivos” (“aggressive acts” y “actes agressifs”, respectivamente), expresión que no se encuentra en la Carta, por lo que difícilmente pueda pensarse en una determinación en el sentido del Art. 39. Por otra parte, creemos que no es posible sostener que materialmente los hechos que se le imputan al Iraq en la resolución puedan calificar como agresión: los actos de fuerza contra locales diplomáticos son claramente violaciones del derecho internacional, pero no están enumerados en el listado del Art. 3 de la Definición de la Agresión y resulta complejo encuadrarlos dentro de la definición general del Art. 1, no obstante la mención que la resolución haga de la “gravedad” de las acciones del Iraq. Durante las discusiones en el CS, solo el representante de Cuba llamó la atención sobre el particular, al comentar:

“mi delegación habría preferido que se hubieran formulado de otro modo algunos párrafos de este texto en los cuales se hace referencia a actos de agresión, lo cual nos parece reflejar una cierta desmesura si recordamos que tal expresión no se empleó ni siquiera en el texto de la resolución 660 (1990) referida a la invasión del territorio de Kuwait por el Iraq”<sup>143</sup>.

### 3. La determinación de otra categoría

Al mismo tiempo, cabe también ponderar qué sucede cuando, frente a un acto de agresión, el CS decide determinar la existencia de otra de las categorías del Art. 39 y adoptar en consecuencia una serie de medidas en virtud del Capítulo VII. El supuesto no es teórico, puesto que la práctica reconoce casos en los que, frente a una flagrante agresión, el CS determinó la existencia de un quebrantamiento de la paz: son los casos de la invasión de Corea del Sur por parte de las fuerzas norcoreanas en 1950 (resolución 82 (1950)) y la invasión de Kuwait por el Iraq en 1990 (resolución 660 (1990))<sup>144</sup>. A ellas debe sumarse la invasión de parte del territorio

---

141 MCDUGALL, C., “When Law and Reality Clash – The Imperative of Compromise in the Context of the Accumulated Evil of the Whole: Conditions for the Exercise of the International Criminal Court’s Jurisdiction over the Crime of Aggression”, *International Criminal Law Review*, Vol. 7, Nº2, 2007, pp. 277-333, p. 313.

142 D’ARGENT, P. *et al.*: “Article 39”, en COT, J. P. y PELLET, Alain (Dir.): *op. cit.*, p. 1149.

143 CS, *Acta taquigráfica provisional de la 2940ª sesión*, UN doc. S/PV.2940, p. 28.

144 Las razones por las que el CS optó por esta calificación exceden este análisis. No obstante, como señala Gowlland-Debbas, el CS “*has appeared to show unwillingness to attribute guilt in the determinations it has made under Article 39, for it has curiously never formally made a finding of an act of aggression, preferring to remain within the more neutral terminology of a threat to, or breach of the peace*” (GOWLLAND-DEBBAS, V., “Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility”, *The*

de la República Democrática del Congo (RDC) por parte de Rwanda y Uganda en 1998<sup>145</sup>, que el CS determinó como una “amenaza a la paz” (resoluciones 1291 (2000) y 1304 (2000))<sup>146</sup>.

En tales casos, ¿cumple el CS con sus deberes en función de su responsabilidad primordial y de las consecuencias de la agresión según el derecho internacional? Nos inclinamos por la afirmativa, dado que no hay diferencia en cuanto a los poderes del CS en virtud del Capítulo VII respecto de las categorías del Art. 39, una vez efectuado el acto de determinación<sup>147</sup>, pudiendo adoptar tanto las medidas del Art. 41, como la acción del Art. 42 (reemplazada en la práctica por el régimen de “autorizaciones de todos los medios necesarios”<sup>148</sup>), así como efectuar las recomendaciones o decisiones necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (arg. Art. 39, *in fine*). Será allí donde su naturaleza política le permitirá ejercer cierto margen de discrecionalidad puesto que, en tales casos, no se puede negar que está cumpliendo con su responsabilidad primordial. Imponerle que, además de realizar la determinación y adoptar medidas, deba hacerlo de acuerdo a una categoría determinada, no parece compatible con sus amplios (aunque limitados por los Propósitos y Principios de las NU) poderes en virtud del Capítulo VII y de los Arts. 1.1 y 24 de la Carta.

Ello no quita, no obstante, que la agresión, en cuanto categoría jurídica según el derecho internacional, surta sus efectos como violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de manera independiente de su determinación por el CS<sup>149</sup>. De hecho, dos de sus principales consecuencias, como son la responsabilidad internacional del agresor<sup>150</sup> y la legítima defensa del Estado víctima de la agresión<sup>151</sup>, fueron reconocidas por el CS en los casos citados aun sin haber efectuado la determinación.

#### 4. La adopción de decisiones que no distinguen entre agresor y víctima

Orakhelashvili llama la atención sobre el caso en que, frente a una agresión, el CS priva a la víctima de su derecho inmanente a la legítima defensa (Art. 51 de la Carta). Se refiere a las

---

*International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, N°1 (1994), pp. 55-98, p. 63). En similar sentido, D'ARGENT, P. *et al.*: op. cit., p. 1153.

145 Que la CIJ calificó en 2005, respecto de Uganda, como una “violación grave de la prohibición del uso de la fuerza”: “*The unlawful military intervention by Uganda was of such a magnitude and duration that the Court considers it to be a grave violation of the prohibition on the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter*” (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168, párr. 165).

146 STRAPATSAS, N., “The Practice of the Security Council Regarding the Concept of Aggression”, en KREß, C. y BARRIGA, S. (Eds.), op. cit., pp. 178-213, p. 180.

147 DINSTEIN, Y., op. cit. en nota 5, p. 305; SOLERA, O., *Defining the crime of aggression*, Cameron May, Londres, 2007, p. 97.

148 CORTEN, O., op. cit. en nota 92, p. 312 y ss.

149 ORAKHELASHVILI, A., op. cit. en nota 33, p. 449.

150 En el caso de Iraq-Kuwait, v. resolución 687 (1991), párr. 16. En el caso de la RDC, la CIJ determinó la responsabilidad internacional de Uganda por violación de la prohibición del uso de la fuerza (v. nota 23).

151 En el caso de Iraq-Kuwait, v. resolución 661 (1990), preámbulo, octavo párrafo; en el caso de la RDC, v. resolución 1234 (1999), preámbulo, octavo párrafo. También la CIJ reconoció la legítima defensa de la RDC (CIJ: *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 168, párr. 304).



resoluciones 193 (1964) y 354 (1974), sobre la cuestión de Chipre en las que el CS instó y exigió, respectivamente, un cese del fuego. Al estar dirigidas no solo contra Turquía –que en el segundo caso había directamente lanzado una invasión de la isla<sup>152</sup>–, sino a todas las partes, el autor considera que el CS no respetó la prohibición del Art.2.4 de la Carta, puesto que si bien Turquía lo estaba violando, Chipre estaba actuando en legítima defensa y el CS los trató como si estuvieran en pie de igualdad. El autor considera que tal vez el CS no esté obligado a condenar todo acto de agresión, pero a la vez, la evaluación de la acción del CS en casos así “*requires consideration of the elementary distinction between the failure to condemn the aggressor and the positive demand that the victim of an aggression stops defending itself*”<sup>153</sup>. Podemos compartir con el autor su opinión de que una decisión que implique que la víctima de la agresión no ejerza su derecho a la legítima defensa es incompatible con el *ius cogens*, siempre que estemos en ausencia de la adopción de medidas concretas por el CS, a tenor del mismo Art. 51 de la Carta<sup>154</sup>. Si, en cambio, el CS ejerce “*la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*”, como lo establece dicha norma (en un claro eco del lenguaje del Art. 42), el CS estará desempeñando su responsabilidad primordial y puede pedir, como parte de sus poderes, un cese al fuego también en lo que respecta a las operaciones defensivas<sup>155</sup>.

Pero, volviendo a la reflexión de Orakhelashvili, no vemos por qué el CS no esté obligado a condenar un acto de agresión ni adoptar medidas al respecto si esta se produce. Su inacción nos resulta, como venimos sosteniendo, también incompatible con la naturaleza imperativa de la prohibición de la agresión.

## 5. Una evaluación de conjunto

El análisis de la práctica del CS revela ciertas tendencias claras: por un lado, una gran reticencia del CS a determinar la existencia de un acto de agresión<sup>156</sup>, incluso en los casos más obvios, en los que hasta optó por determinar otras categorías. Por otro lado, el uso –en algunos casos bastante liberal– de la palabra “agresión” como un rótulo político sin que implique el cumpli-

---

152 Que, no obstante, no fue abiertamente condenada como tal por el CS (ni por la AG), ni mucho menos calificada como una agresión.

153 ORAKHELASHVILI, A., op. cit en nota 105, p. 72.

154 La aclaración nos parece crucial. El sistema de seguridad colectiva, presidido por la prohibición del uso de la fuerza (Art. 2.4 de la Carta) reconoce la legítima defensa de manera excepcional y provisoria. De allí que el Art. 51 ponga un límite a su ejercicio: “*hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales*”. De hecho, la norma impone el deber de notificar las medidas tomadas al CS, y aclara que estas “*no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta*”. Esto es lo que lleva a la doctrina especializada a referirse al carácter subsidiario de la legítima defensa (PINTORE, E., *La legítima defensa en el derecho internacional*, Ciencia, Derecho y Sociedad-UNC, Córdoba, 2012, pp. 70-72).

155 V., en ese sentido, el análisis de GILL, T. D.: op. cit., pp. 90-106.

156 Todo ello sin mencionar los casos en los que directamente no hubo siquiera intentos de determinar una agresión, como las guerras de 1967 y 1973 en Medio Oriente, la invasión soviética a Afganistán en 1979, la invasión israelí del Líbano en 1982, la guerra de Irán-Iraq, la invasión a Iraq en 2003, o la invasión de Rusia a Georgia en 2008, solo por nombrar algunos de los más notables ejemplos.

miento del deber de determinación del CS. No se requiere un mayor análisis para advertir el contraste con nuestras anteriores conclusiones: lejos de confirmar nuestra interpretación, el CS parece estar actuando como si no tuviera ningún deber de determinar la existencia de un acto de agresión. No olvidemos, no obstante, que como señalamos más arriba, la práctica registra reiterados ejemplos en los que miembros del CS y otros Estados llamaron la atención sobre la existencia de un deber de determinación y ningún otro Estado negó que tal deber existiera. El dato no es menor y también debe ser tenido en cuenta al momento de evaluar el significado de la falta de determinación.

La pregunta será, en todo caso, si esta reiteración de situaciones de no determinación puede constituir una forma de “práctica ulterior”, en el sentido del Art. 31.3.b) de la Convención de Viena, a los efectos de interpretar el Art. 39 o si, en realidad, se trata de un notorio incumplimiento de los deberes del CS con relación a la agresión. Como veremos, un análisis de la práctica de la AG nos puede ayudar al respecto.

## V. UNA REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE LA ASAMBLEA GENERAL

### 1. Algunas resoluciones de la Asamblea General que determinan actos de agresión

En ejercicio de sus poderes relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, de conformidad con los Arts. 10, 11 y 14 de la Carta y en virtud del mecanismo establecido por la resolución 377 A (V), “Unión pro Paz”, la AG también ha considerado que posee la potestad de determinar la existencia de un acto de agresión.

No es nuestro propósito realizar aquí un análisis de la práctica de la AG con relación a la agresión<sup>157</sup>, sino llamar la atención sobre unas resoluciones que pueden arrojar luz respecto de la existencia de –a juicio de la AG– deberes del CS en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

La primera es la propia resolución 377 A (V). En su preámbulo, en lo que a nosotros interesa, la AG se muestra

“Consciente de que el hecho de que *el Consejo de Seguridad no cumpla con las responsabilidades* que le incumben en nombre de todos los Estados Miembros [...], no exime a los Estados Miembros de la obligación que les impone la Carta, ni a las Naciones Unidas de la responsabilidad que tienen en virtud de la misma, de mantener la paz y la seguridad internacionales”<sup>158</sup> (énfasis añadido),

y reconoce “*que dicho incumplimiento no priva a la Asamblea General de los derechos que tiene en virtud de la Carta, ni la exime de las responsabilidades que le impone la misma respecto del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*”<sup>159</sup> (énfasis añadido). De esta forma, la AG está poniendo en claro que la responsabilidad del CS debe ser “cumplida”

157 Sobre la práctica de la AG relativa a la agresión, v. obras citadas en nota 118.

158 Resolución 377 A (V), preámbulo, séptimo párrafo.

159 *Ibidem*, preámbulo, octavo párrafo.

por este y que, además, la Carta le impone responsabilidades también a ella<sup>160</sup>. De allí que en el conocido primer párrafo operativo de la resolución, la AG resolvió

“que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, *deja de cumplir con su responsabilidad primordial* de mantener la paz y la seguridad internacionales *en todo caso* en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con mirar a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas...” (énfasis añadido).

El presupuesto de la actuación de la AG no es otro que el incumplimiento por el CS de su responsabilidad primordial que, según la AG, debe ser cumplida “en todo caso”. También es interesante destacar que la AG considera que las categorías del Art. 39 pueden existir (“resulte haber”) con independencia de su determinación por el CS, de lo que inferimos su poder para calificar dichas situaciones.

La segunda es la resolución ES-9/1, adoptada en el marco del mecanismo de la resolución 377 A (V), sobre la situación en los territorios árabes ocupados. En su preámbulo, entre otras cosas, la AG observó “*con pesar e inquietud que, como consecuencia del voto negativo de un miembro permanente del Consejo de Seguridad, el Consejo, en su 2329ª sesión, celebrada el 20 de enero de 1982, no tomó medidas apropiadas contra Israel, como había solicitado el Consejo en su resolución 497 (1981)*”<sup>161</sup>, y recordó explícitamente su resolución 3314 (XXIX), de la que citó parte de su Art. 3, inc. a), y el Art. 5.<sup>162</sup> En su segundo párrafo operativo, declaró

“que la decisión de Israel, de 14 de diciembre de 1981, de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración en el territorio sirio ocupado de las Alturas del Golán constituye un acto de agresión con arreglo a las disposiciones del Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas y a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General”.

Tres son las cuestiones que suscitan nuestro interés en esta resolución, adoptada tras el veto estadounidense referido *supra*. Por un lado, la AG explicita el presupuesto de su actuación, aunque no refiere –como lo hace la resolución 377 A (V)– a la responsabilidad primordial del CS, sino que la especifica al caso concreto con la falta de medidas apropiadas, lo que le provoca “pesar e inquietud”. Pensamos que esta actitud de la AG ratifica su posición de que el CS tiene el deber de mantener la paz y la seguridad<sup>163</sup>. Por otro lado, tenemos la cita a las disposiciones de la Definición de la Agresión, lo que indudablemente pone a la resolución en el marco de la agresión y los poderes de la AG al respecto. Finalmente, estos poderes quedan explicitados claramente en la parte operativa, en la que la AG directamente parece subrogarse

---

160 Lo que vuelve a repetir en el noveno párrafo del preámbulo.

161 Resolución ES-9/1, preámbulo, segundo párrafo.

162 *Ibidem*, preámbulo, séptimo párrafo.

163 En el anterior período extraordinario de sesiones de emergencia, sobre la cuestión de Namibia, la AG fue más explícita al incluir en el preámbulo de la resolución ES-8/2, que observaba “*con pesar y preocupación que el Consejo de Seguridad no cumplió con su responsabilidad fundamental de mantener la paz y la seguridad internacionales*” debido al triple veto antes mencionado. Aunque la resolución condena los actos de agresión de Sudáfrica, no invoca el Art. 39 ni la resolución 3314 (XXIX).

en los poderes del CS, con explícita invocación del Art. 39 para declarar (no “determinar”) la existencia de un acto de agresión. No obstante, del lenguaje empleado por la AG parece confirmarse que, por un lado, la existencia de la agresión –categoría jurídica definida en la resolución 3314 (XXIX)– es independiente a su determinación (de allí que solo haga falta “declararla”), y que, como tal, el CS no tiene competencia exclusiva a los fines de su constatación.

Finalmente, la tercera es la resolución ES-11/1, también adoptada en el marco de la resolución “Unión pro Paz”, sobre la agresión a Ucrania. En el preámbulo, la AG recuerda

“la resolución 377 A (V) de la Asamblea General, de 3 de noviembre de 1950, titulada “Unión pro paz”, y teniendo en cuenta que la falta de unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en su 8979ª sesión ha impedido al Consejo ejercer su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”<sup>164</sup>,

y también la resolución 3314 (XXIX), de la que cita parcialmente su Art. 1<sup>165</sup>. En su segundo párrafo operativo, deploró “*en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del Artículo 2 4) de la Carta*”. Destacaremos los mismos tres elementos que en la anterior resolución, aunque con algunas diferencias. En primer lugar, la resolución ES-11/1 invoca expresamente la resolución “Unión pro paz”, pero a la vez, al referirse a la inacción del CS (que ya comentamos), menciona que el veto le impidió “ejercer” y no “cumplir” su responsabilidad, lo que permitiría inferir que la AG no considera que el CS esté obligado a mantener la paz y seguridad internacionales. No obstante, pensamos que la expresa referencia a la resolución 377 A (V), cuyo claro texto ya analizamos, es indicadora de que la posición de la AG al respecto no ha cambiado. Luego tenemos nuevamente una cita de la Definición de la Agresión –que no se veía desde hacía décadas en una resolución de la AG– y, finalmente, una condena de la agresión rusa contra Ucrania. La pregunta que se nos plantea es si este acto de “deplorar” la agresión puede ser considerado como una determinación en el sentido del Art. 39 de la Carta, tal como la propia AG lo había hecho cuatro décadas antes en el caso ya citado. Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa: aunque la AG no esté “determinando” ni “declarando” en forma expresa la existencia de un acto de agresión, la referencia a la resolución 3314 (XXIX) en el preámbulo es prueba suficiente de que la agresión que se condena es aquella definida en la resolución y, por lo tanto, equivalente a la del Art. 39 de la Carta a los efectos de la resolución “Unión pro Paz”<sup>166</sup>.

De este repaso por la práctica de la AG relativa a la agresión, si bien no vemos ninguna mención expresa a una obligación del CS de determinar la agresión y adoptar medidas a su respecto, sí advertimos una clara tendencia de la AG a considerar que el CS debe cumplir con su responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y que su incumplimiento, además de activar el mecanismo de la resolución “Unión pro Paz”, es motivo de “pesar e inquietud” para la AG. No es casual que varias de las situaciones aquí mencionadas coincidan con casos

---

164 Resolución ES-11/1, preámbulo, quinto párrafo.

165 *Ibidem*, séptimo párrafo.

166 Puede verse un análisis más detenido de la aplicación de la Definición de la Agresión en el caso de Ucrania en PEZZANO, L., “La guerra en Ucrania y la vigencia de la Definición de la Agresión”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2022, pp. 13-56.

en que el CS no pudo realizar una determinación por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, como mencionamos más arriba. Como veremos, esta actitud de la AG puede tener implicancias para la interpretación del Art. 39.

## **2. El valor de las resoluciones de la Asamblea General para la interpretación del Art. 39**

Creemos que las citadas resoluciones de la AG tienen un valor interpretativo interesante, pues permiten advertir que la práctica seguida por el CS de no determinar actos de agresión cuando estos se producen no recibe el apoyo de la comunidad internacional. En ese sentido, esa práctica del CS no puede ser considerada “generalmente aceptada” por los Miembros de las NU, en los términos de la CIJ en su opinión consultiva sobre *Namibia*. Recordemos que allí, la CIJ interpretó los términos del Art. 27.3 de la Carta en el sentido de que las abstenciones voluntarias de los miembros permanentes no constituían un ejercicio del derecho de veto, basándose principalmente en la práctica del CS unida al hecho de que en ese momento dicha práctica era “generalmente aceptada” por los Estados Miembros:

“the proceedings of the Security Council extending over a long period supply abundant evidence that presidential rulings and the positions taken by members of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions. By abstaining, a member does not signify its objection to the approval of what is being proposed; in order to prevent the adoption of a resolution requiring unanimity of the permanent members, a permanent member has only to cast a negative vote. This procedure followed by the Security Council, which has continued unchanged after the amendment in 1965 of Article 27 of the Charter, has been generally accepted by Members of the United Nations and evidences a general practice of that Organization”<sup>167</sup>.

La CIJ confirmó este criterio en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, al referirse a la interpretación del Art. 12.1 de la Carta: “*La Cour estime que la pratique acceptée de l’Assemblée générale, telle qu’elle a évolué, est compatible avec le paragraphe 1 de l’article 12 de la Charte*”<sup>168</sup>.

Por lo tanto, como sostiene la CDI en sus comentarios a sus conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, la CIJ hizo hincapié en la práctica de uno o más órganos de la organización internacional como en la “aceptación general” de esa práctica por los Estados Miembros, y señaló que la combinación de esos dos elementos constituía una “práctica general de la organización”<sup>169</sup>.

---

167 CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párr. 22.

168 CIJ, *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*; C. I. J. Recueil 2004, p. 136, párr. 28.

169 CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 70º período de sesiones*, UN doc. A/73/10, comentario a la Conclusión 12, p. 108, párr. 22.

En nuestro análisis, la práctica del CS de no determinar actos de agresión no cuenta con la aceptación general de los Estados Miembros, como lo demuestran las resoluciones de la AG citadas. En consecuencia, no cabría asignarle a esta práctica el valor de la “práctica ulterior” al que hace referencia la regla de interpretación contenida en el Art. 31.3.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al momento de interpretar el Art. 39 de la Carta. Al contrario, si interpretamos el Art. 39 como lo hemos hecho, a la luz de la regla del Art. 31.1 de la Convención de Viena, la ausencia de aceptación de parte de los Miembros de la práctica de inacción, permite ver a esta en realidad como una *violación* de los deberes del CS de determinar la existencia de un acto de agresión y adoptar medidas colectivas eficaces al respecto. Al mismo tiempo, las sucesivas declaraciones de Estados –varios de ellos miembros permanentes del CS– respecto de la existencia de un deber de determinación –no contestadas por ningún Estado– no pueden más que confirmar esta interpretación.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La interpretación del Art. 39 de la Carta, de acuerdo al sentido corriente que ha de dársele a sus términos –en particular, el lenguaje imperativo de “determinará” y “hará recomendaciones o decidirá”–, en el contexto del sistema de seguridad colectiva –en el que el CS tiene la “responsabilidad primordial” de mantener la paz y la seguridad internacionales (Art. 24.1 de la Carta) y debe proceder de acuerdo a los Propósitos y Principios de las NU (Art. 24.2)–, y de conformidad al objeto y fin de la Carta, que incluye adoptar medidas colectivas eficaces para suprimir actos de agresión (arg. Art. 1.1), nos lleva forzosamente a concluir que el CS *está obligado*, tanto a determinar la existencia de todo acto de agresión como a hacer recomendaciones o adoptar decisiones para restablecer la paz y la seguridad internacionales que un acto de tal naturaleza quebranta<sup>170</sup>.

La naturaleza imperativa de la prohibición de la agresión y los deberes que una violación de esta norma genera para la comunidad internacional confirman y refuerzan esta interpretación: la ONU está obligada a actuar para poner fin a la violación grave de dicha norma de *ius cogens*, lo que se traduce en la necesaria asunción por el CS de su responsabilidad primordial y, en la especie, determinar la existencia del acto de agresión conforme al Art. 39 de la Carta.

Esto parece chocar de manera palmaria con la práctica del CS, caracterizada en la especie por la inacción. Las razones que llevan a esto son complejas, principalmente de índole política, y exceden por mucho el análisis jurídico que aquí proponemos. No obstante, dicho análisis revela que esta inacción no cuenta con la aceptación de la mayoría de los Miembros de la Organización, como lo muestran las resoluciones de la AG adoptadas en virtud del mecanismo previsto en la resolución “Unión pro Paz”. No se trata, por tanto, de una “práctica aceptada”, en los términos de la jurisprudencia de la CIJ y no puede tener valor a los efectos de la inter-

---

170 Esta conclusión contrasta con nuestra anterior opinión sobre la cuestión (PEZZANO, L. op. cit. en nota 59, p. 282), producto de un abordaje incidental del tema (que reconocimos escapaba al ámbito de dicha investigación, *ibidem*, p. 280, nota 44). Habiendo abordado el tema con la profundidad que merece, rectificamos nuestra posición en el sentido aquí apuntado.

pretación de las disposiciones de la Carta. Más valor cabe asignar a las declaraciones, citadas en este trabajo, de diversos Estados –incluyendo miembros permanentes del CS– en diferentes épocas, que reconocieron la existencia del deber de determinar en virtud del Art. 39, y que no fueron contradichos por otros Estados. Esto no hace más que confirmar nuestra interpretación.

Esto nos permite calificar a la inacción como lo que verdaderamente es: un incumplimiento de los deberes del CS, que le son impuestos por su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que en el caso de la agresión puede poner a la propia Organización al borde de una palmaria violación de sus obligaciones internacionales en virtud de las normas de *ius cogens*, y frente a la que solo la oportuna –aunque rara vez efectiva– activación del mecanismo de la resolución “Unión pro Paz” por la AG constituye una alternativa política y jurídicamente válida del sistema.

No se nos escapa que las ideas aquí planteadas pueden resultar polémicas, y que no cuentan con apoyo mayoritario en la doctrina. No obstante, es un deber del jurista buscar soluciones innovadoras a los problemas de las relaciones internacionales, incluso cuando estas parecen incompatibles con la *realpolitik*. De hecho, el derecho es –y debe ser– un límite a un pretendido realismo que puede acabar con los ideales que fundaron las NU y que hoy más que nunca deben tener vigencia.





# LAS NACIONES UNIDAS Y LA REFORMA DE LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

## *THE UNITED NATIONS AND THE REFORM OF THE INSTITUTIONAL ARCHITECTURE OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW*

ROBERTO PÉREZ SALOM\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROLIFERACIÓN DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES MULTILATERALES. III. LA MULTIPLICACIÓN DE LOS ARREGLOS INSTITUCIONALES AMBIENTALES. IV. LOS DEBATES EN TORNO A LA REFORMA DE LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE. V. LA PROPUESTA DE UNA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. VI. LAS REFORMAS DE LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE. VII. DEL PACTO MUNDIAL PARA EL MEDIO AMBIENTE AL PACTO PARA EL FUTURO. VIII. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA NUEVA OPORTUNIDAD. IX. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** Desde hace varias décadas, la comunidad internacional viene reconociendo la necesidad de reformar la arquitectura institucional del Derecho Internacional del Medio Ambiente, ya que se trata de un sistema institucional fragmentado y carente de coherencia. La Organización de las Naciones Unidas ha lanzado varias iniciativas para mejorar la coordinación en dicha estructura. Entre las propuestas que han sido debatidas en el seno de la Organización ha ocupado un lugar preferente la creación, a partir del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, de una Organización de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Desafortunadamente, la incapacidad de los Estados para alcanzar un acuerdo sobre esa propuesta ha supuesto la puesta en marcha de medidas alternativas consistentes fundamentalmente en el fortalecimiento del Programa y en la coordinación de los órganos de los acuerdos multilaterales ambientales. Estas medidas son a todas luces insuficientes y ponen de manifiesto nuevamente las deficiencias y vacíos en la gobernanza del Derecho Internacional del Medio Ambiente y la falta de voluntad de los Estados para resolverlos de manera efectiva.

**ABSTRACT:** *For several decades now, the international community has recognized that the institutional architecture of international environmental law needs to be reformed, as it is a fragmented institutional system that lacks coherence. The United Nations has launched several initiatives to improve coordination in this structure. Among the proposals that have been discussed within the Organization, the creation of a United Nations Environment Organization, based on the United Nations Environment Program, has been at the forefront. Unfortunately, the inability of the States to reach agreement on this proposal has led to the implementation of alternative measures consisting essentially of strengthening the Program and coordinating the bodies of multilateral environmental*

---

Fecha de recepción del trabajo: 7 de marzo de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de mayo de 2024.

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la *Universitat de València (Estudi General de València)*. E-correo: [jpsalom@uv.es](mailto:jpsalom@uv.es)

Este trabajo ha sido preparado en el marco del Proyecto de Generación de conocimiento PID2021-122143NB-I00 “Medio ambiente, seguridad y salud: nuevos retos del derecho en el siglo XXI”, del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

Las referencias consultadas en Internet en este trabajo han sido revisadas a fecha de 1 de mayo de 2024.

*agreements. These measures are clearly insufficient and once again highlight the deficiencies and gaps in the governance of international environmental law and the unwillingness of States to resolve them effectively.*

**PALABRAS CLAVES:** Naciones Unidas, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, acuerdos ambientales multilaterales

**KEYWORDS:** *United Nations, International environmental law, United Nations Environment Programme, multilateral environmental agreements*

## I. INTRODUCCIÓN

La progresiva toma de conciencia del alcance y las serias repercusiones de la degradación ambiental, en general, y de ciertos problemas ambientales de alcance global, en particular, han auspiciado numerosas acciones en los niveles sociales, administrativos, políticos, económicos y jurídicos. Dicha preocupación ha propiciado la multiplicación de los actores privados y públicos con objetivos o competencia en los temas ambientales. En el ámbito de las relaciones internacionales, las cuestiones ambientales figuran en la actualidad entre las prioridades de las agendas internacionales y en este ámbito esa proliferación de actores es particularmente visible. En efecto, la acción internacional ha favorecido la puesta en marcha de nuevos arreglos institucionales dedicados a las cuestiones ambientales en el marco de los acuerdos multilaterales ambientales, y, de otro lado, las organizaciones y otras instancias internacionales ya existentes incorporaron, en el marco de sus respectivos mandatos, los temas sobre la conservación del medio ambiente. El esfuerzo conjunto de todos ellos ha dado lugar a avances destacados, como, por ejemplo, la aprobación de programas de acción, la realización de estudios científicos, la adopción de medidas particulares, la movilización de recursos financieros nuevos y adicionales o más recientemente el reconocimiento del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano<sup>1</sup>. Pero sin lugar a dudas, el resultado más notable de estos esfuerzos es la adopción de numerosos convenios internacionales. Efectivamente, el Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA) está integrado principalmente por tratados internacionales aprobados en las últimas décadas, que son la manifestación de la preocupación de la comunidad internacional por la conservación del medio ambiente<sup>2</sup>.

---

1 La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 28 de julio de 2022 la resolución A/76/L.75, en virtud de la cual reconoce “el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano”, subrayando que este derecho está relacionado con otros derechos y el Derecho Internacional vigente.

2 Varios autores como el profesor Juste han incidido en el estancamiento o agotamiento actual del Derecho Internacional del Medio Ambiente después de varias décadas de expansión con logros sobresalientes: “el sistema parece dar signos de agotamiento normativo, fatiga institucional y confusión respecto de sus objetivos genuinos. En los momentos actuales, el sistema está sufriendo una transformación cuyo sentido real no aparece todavía con claridad”. Véase JUSTE RUIZ, J., “50 años del Derecho Internacional Ambiental: la participación de la sociedad civil”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. XIII, Núm. 2, 2022, pp. 1-37, p. 4 (Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/414144>). En ese sentido, se ha destacado que: “Much of international environmental law’s promise and potential has been explored in these last few decades, and it is fast approaching the limits of its ability to influence state behaviour”. Véase RAJAMANI, L. & PEEL, J., “International Environmental Law: Changing Context, Emerging Trends

Numerosos autores y organizaciones no gubernamentales y la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU) han llamado la atención sobre los problemas de aplicación del DIMA, en general y de los tratados ambientales, en particular<sup>3</sup>. Estos problemas resultan de varios e interrelacionados factores de diferente índole: de un lado, es posible identificar factores económicos, sociales, políticos, científicos o tecnológicos. De otro lado, se puede destacar la presencia de ciertos factores estrictamente normativos que derivan de las características o la configuración de los tratados ambientales, como la ausencia de mecanismos estrictos de control del cumplimiento o la proliferación de órganos de los tratados. Precisamente, esa proliferación internacional de tratados y de sus órganos y de las acciones ambientales de estos ha acentuado la notable complejidad y fragmentación en la gobernanza mundial de los temas ambientales y ha generado problemas de coordinación en todos los niveles. Ello es debido, en parte, a que los Estados han aprobado las respuestas internacionales a los problemas ambientales, en particular a través de tratados, y han establecido sus mecanismos institucionales de manera gradual, fragmentaria y reactiva y, en muchas ocasiones, sin atender a la necesaria coordinación entre los mismos.

En otras palabras, los problemas de naturaleza institucional del DIMA, vinculados fundamentalmente a esa proliferación de órganos de los tratados, pero también a la proliferación de las acciones de las organizaciones internacionales constituyen un factor determinante para la aplicación del DIMA. Estos problemas del sistema institucional del DIMA no son meramente administrativos o institucionales. En efecto, la descoordinación y la pérdida de oportunidades que esos problemas ocasionan se encuentran íntimamente asociadas a la consecución de una gobernanza efectiva y eficiente de los asuntos ambientales, a la aplicación plena y efectiva del DIMA, al bienestar de los pueblos y la propia supervivencia de la Humanidad ante la crisis ambiental actual pero también al respeto de los derechos humanos, aspecto este último en el que se incidirá posteriormente.

Es evidente desde hace años que el modelo de gobernanza internacional de los asuntos ambientales es inadecuado y resulta, por tanto, necesario y urgente impulsar una reforma de ese modelo de gobernanza y de sus instituciones. La ONU ha puesto en marcha varias iniciativas con dicha finalidad. Las preocupaciones en torno a esos problemas de la estructura institucional del DIMA han suscitado importantes debates doctrinales y han ocupado la agenda de diferentes organismos internacionales durante décadas, dando lugar a la creación de nuevos organismos, procedimientos y mecanismos institucionales y a la reforma de algunos de los ya existentes con el fin de resolver los problemas reseñados.

En ese sentido, la Organización incluyó la cuestión de la reforma de esa arquitectura institucional en la esfera de los asuntos ambientales y otros aspectos conexos en el marco de los debates y las reflexiones en torno a la renovación de la Organización. En ese contexto, también puso en marcha ciertas reformas institucionales del modelo internacional de gobernanza ambiental. A pesar de ello, en estos momentos es evidente que los instrumentos de reglamentación y la

---

and Expanding Frontiers”, en RAJAMANI, L. & PEEL, J., (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 2021, p. 28.

3 Por ejemplo, véase las observaciones generales de SANDS, P. *et al.*, *Principles of international environmental law*, Cambridge University Press, Cambridge & New York, 4th ed., 2018, p. 16.

estructura institucional del DIMA no satisfacen las necesidades perentorias de la agenda ambiental internacional puesto que tanto los convenios como las acciones de las organizaciones internacionales responden mayoritariamente a una perspectiva fragmentaria y son el resultado de una reacción escalonada a los problemas ambientales.

## II. LA PROLIFERACIÓN DE LOS ACUERDOS AMBIENTALES MULTILATERALES

Las normas vigentes del DIMA son esencialmente de naturaleza convencional pero no existe un tratado de ámbito universal y alcance material global que establezca un marco único de principios y normas de aplicación general válidos para todos los sectores del medio ambiente<sup>4</sup>. Por el contrario, los Estados han adoptado un extenso corpus de más de quinientos convenios ambientales de diferentes categorías<sup>5</sup>: en el campo de las relaciones de vecindad o transfronterizas son frecuentes los convenios bilaterales; los multilaterales restringidos, en la mayor parte de las ocasiones, tienen un ámbito regional o subregional y protegen espacios físicos definidos o ciertos mares, lagos o ríos internacionales; los acuerdos multilaterales de carácter general están abiertos a todos los Estados y afrontan problemas ambientales cuya incidencia sobrepasa las fronteras de un espacio o se refieren a problemas del ecosistema global. El número de esta última categoría de tratados internacionales, los acuerdos multilaterales ambientales, ha aumentado en las últimas décadas con mayor celeridad, incrementándose consecuentemente el número de Estados que participan en ellos y demostrando, frente al carácter localizado de las primeras manifestaciones convencionales en el plano ambiental, el proceso de expansión y globalización del DIMA<sup>6</sup>.

4 Se trata de una de las lagunas más evidentes en el DIMA y numerosos autores la han subrayado: “[t]he international community has not adopted a binding international instrument of global application that purports to set out the general rights and obligations of the international community on environmental matters”. Véase SANDS, P. et al., *Principles...*, *supra* nota 3, p. 200; por su parte, Bodansky y Asselt reconocen que: “One perceived gap is the lack of an overarching legal agreement on the environment, like the two international covenants on human rights. The Stockholm and Rio Declarations articulate general environmental principles but are not legally binding”. Véase BODANSKY, D. & ASSELT, H. van, *The Art and Craft of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 4 rd., 2024, p. 59. Véase también BODANSKY, D., “Top 10 Developments in International Environmental Law: 1990-2020” (July 6, 2020). *Yearbook of International Environmental Law*. (Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3644557](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3644557)), p. 22.

5 “Hasta el momento se ha adoptado un vasto conjunto de acuerdos ambientales multilaterales que comprende más de 500 instrumentos. Cada uno de esos acuerdos aborda un problema ambiental concreto y posee su propia entidad jurídica e institucional. El carácter gradual y fraccionario de la actividad legislativa internacional del medio ambiente ha dado pie a una proliferación de regímenes reguladores en gran medida sectoriales y a la fragmentación del marco jurídico internacional para la protección del medio ambiente. Esta fragmentación se ha convertido en un fenómeno frecuente en el derecho internacional y es una de las consecuencias de la adopción de decisiones multilaterales”. Véase ASAMBLEA GENERAL, *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente. Informe del Secretario General, A/73/419\**, 30 de noviembre de 2018, párr. 4.

6 Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La contribución del Derecho Internacional del Medio Ambiente al desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 14 (1998), pp. 113-200, pp. 125-126.

A pesar de la heterogeneidad de los instrumentos convencionales, es posible identificar un cierto número de características comunes a estos acuerdos estrechamente relacionadas con los problemas de coordinación y duplicidad de acciones internacionales reseñados anteriormente<sup>7</sup>. En primer lugar, los tratados indicados, en particular los aprobados después del año 1972, muestran una tendencia a instaurar mecanismos permanentes de cooperación institucionalizada de nueva creación. Como norma general, los sistemas institucionales que los tratados instauran poseen una estructura que incluye una conferencia de las partes, como órgano supremo del sistema, una secretaría permanente<sup>8</sup>, encargada de la gestión y administración, y un órgano de asesoramiento científico. Por tanto, los mecanismos institucionales que gestionan los acuerdos multilaterales están fragmentados y, por ello, los acuerdos se gobiernan separadamente, aunque la ONU ha adoptado iniciativas para optimizar su coordinación y coherencia, como se expondrá más adelante. La multiplicación de tratados que incluyen estas disposiciones institucionales da lugar a una dispersión geográfica de las sedes de las secretarías permanentes de estos tratados, por otro lado, pequeñas y con presupuestos exigüos y de los lugares de celebración de las reuniones de las conferencias de las partes y de sus órganos subsidiarios<sup>9</sup>.

En segundo lugar, gran parte de los acuerdos ambientales más recientes responden al modelo de convenio marco. Cuando los Estados desean dotarse de un régimen jurídico en un ámbito determinado, elaboran un convenio internacional mediante el que se comprometen a cooperar y establecen los grandes principios de acción. Las modalidades específicas de sus obligaciones serán determinadas en los protocolos adicionales. La negociación de los protocolos requiere un esfuerzo, por parte de los Estados y de las organizaciones internacionales, que en ocasiones sobrepasa las capacidades de acción en términos financieros y de recursos humanos de los Estados.

En tercer lugar, los tratados abordan cuestiones en las que están implicados problemas científicos y de carácter socioeconómico. La investigación científica es necesaria para establecer con exactitud los problemas ambientales, fijando sus causas, sus consecuencias y las posibilidades de solución. Muchas veces el objetivo de la cooperación internacional va a ser precisamente el desarrollo de esta investigación y es inevitable la creación de incontables grupos de trabajo, grupos de expertos, comisiones y comités de índole variada, ampliando la proliferación

---

7 Sobre los rasgos de estos tratados, puede verse JUSTE RUIZ, J., *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2014, pp. 62-72. También, en general, RAJAMANI, L. & PEEL, J., "International Environmental Law...", *supra* nota 2, pp. 19-20. En relación con ciertos rasgos de los acuerdos multilaterales medioambientales orientados a promover la participación de los Estados puede verse BODANSKY, D. & ASSELT, H. van, *The Art ...*, *supra* nota 4, pp. 56-57.

8 Sobre el papel de las secretarías de los acuerdos ambientales multilaterales, véase BAUER, S., "Does bureaucracy really matter? The authority of treaty secretariats in global environmental politics", *Global Environmental Politics*, 6(1) 2006, pp. 23-49.

9 Además, los tratados sobre medio ambiente prevén en numerosas ocasiones formas específicas de control de la aplicación de las disposiciones del tratado que pueden requerir también la creación de un órgano. Las partes contratantes en un tratado determinado deben remitir periódicamente a la conferencia de las partes o a ese órgano los informes sobre el modo en el que cumplen las obligaciones derivadas de las disposiciones del tratado. Dar cumplimiento a los compromisos relativos al seguimiento de la aplicación de los convenios internacionales a través de la presentación de informes presenta problemas a veces de capacitación humana y financiera en ciertos Estados.

de instancias internacionales, incrementando los costes de funcionamiento y agravando los problemas de participación de los Estados en desarrollo en la aplicación de esos convenios internacionales.

En cuarto lugar, esos órganos de los tratados celebran reuniones periódicas en las que se aprueban resoluciones sobre medidas de aplicación de sus disposiciones. El número de reuniones que se celebran a lo largo del año puede ser realmente desbordante para algunos pequeños Estados y para los Estados en desarrollo<sup>10</sup>.

En definitiva, el conjunto de acuerdos multilaterales ambientales ha aumentado considerablemente y constituye un entramado de tratados de diferente ámbito, poseedores de una vocación común, pero de objetivos, medios y principios diferentes, que, en términos generales, no tienen en cuenta la unidad, interconexión e interdependencia del ecosistema global<sup>11</sup>. En estos momentos los acuerdos vigentes no garantizan los objetivos que la comunidad internacional se ha propuesto en materia ambiental. La naturaleza fragmentaria, reactiva y sectorial de los tratados provoca importantes lagunas, “superposiciones y conflictos, incoherencia entre instituciones y políticas, y una mayor carga financiera y administrativa para los Estados Partes”<sup>12</sup>. En cuanto a los aspectos institucionales de estos convenios, como ya se ha indicado, han proliferado los arreglos institucionales para su aplicación y difieren entre sí en las previsiones sobre el funcionamiento institucional. No existen mecanismos realmente efectivos de coordinación de las iniciativas adoptadas por esos órganos en cumplimiento de las disposiciones de los diferentes convenios. Muchos tratados presentan importantes carencias en materia de asistencia

10 Sobre estos aspectos, ya en el año 1997, la Asamblea General, en el *Plan para la ulterior ejecución del Programa 21*, recomendaba que “las conferencias de las partes o los órganos rectores de las convenciones (...) y acuerdos sobre la materia, deberían estudiar la posibilidad de situar sus secretarías en el mismo lugar, cuando corresponda, mejorar el calendario de reuniones (...), equilibrar mejor los periodos de sesiones de las conferencias de las partes y los de sus órganos subsidiarios, y fomentar y facilitar la participación de los gobiernos, en el nivel adecuado, en esos periodos de sesiones”. ASAMBLEA GENERAL, *Plan para la ulterior ejecución del Programa 21*, A/RES/S-19/2, 19 de septiembre de 1997, párr. 118.

11 Como afirmaba BROWN WEISS en el año 2011: “The pattern of international environmental agreements was one of separate agreements for specific problems, each with its own system of monitoring and reporting, own secretariat, and often its own, separate, financing facility to assist countries in implementing the agreement. This led to the observation by 1993 that there was “treaty congestion” and the system needed to become more efficient”. Véase BROWN WEISS, E., “The Evolution of International Environmental Law”, *54 Japanese Yearbook of International Law*, 2011, pp. 1-27, p. 7 (Recuperado de <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2684&context=facpub>)

12 Véase ASAMBLEA GENERAL, *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente...*, *supra* nota 5., párr. 80. Los autores también han destacado estos problemas, RAJAMANI y PEEL indican la existencia de “regulatory overlaps, inconsistencies, and inefficiencies between and within regimes that flow from a congested legal field”. Véase en ese sentido, RAJAMANI, L. & PEEL, J., “International Environmental Law ...”, *supra* nota 2, p.19.

Por su parte, Bodansky y Asselt exponen lo siguiente: “The proliferation of treaty regimes has raised concerns that participation in the international environmental process is becoming a burden, particularly for developing countries: there are too many meetings to attend, too many secretariats to finance, and too many reports to file. In this view, the problem is not too little environmental law but too much. This problem of “treaty congestion”, as it has been called, also creates the potential for duplication of effort, lack of coordination, and even conflict between different environmental regimes”. Véase BODANSKY, D. & ASSELT, H. van, *The Art ...*, *supra* nota 4, p. 60.

financiera y técnica. Con relación a la asistencia financiera, no se ha puesto a disposición de las Partes Contratantes suficientes recursos financieros nuevos y adicionales para aplicar íntegra y cabalmente las disposiciones de los tratados y para facilitar la participación de los Estados en desarrollo en la multiplicidad de reuniones de las incontables instancias internacionales con competencia en materia ambiental.

Finalmente, aunque es innegable que el número de tratados internacionales celebrados hasta la fecha constituye un éxito destacado de la comunidad internacional y, en particular, del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), estos convenios no cubren todos los problemas ambientales<sup>13</sup> y tampoco son coherentes con diversas cuestiones de política ambiental esenciales, como los principios fundamentales del DIMA<sup>14</sup> o incluso la noción de desarrollo sostenible. Efectivamente, una de las lagunas del DIMA más sorprendentes es la ausencia de un instrumento universal único que consagre de manera inequívoca dichos principios fundamentales. Los Estados Partes en los numerosos convenios son plenamente conscientes de todo lo anterior, y, de hecho, una parte de la acción de las Naciones Unidas en materia ambiental está claramente dirigida a dotar de una mayor coherencia a los esfuerzos de la comunidad internacional, tratando de aplicar coherentemente un enfoque global y unos mismos principios, tanto en el plano de los tratados internacionales, como en el ámbito de las medidas adoptadas por las organizaciones internacionales y los propios Estados. La celebración de conferencias internacionales y las sesiones extraordinarias de la Asamblea General sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible, la proclamación de las grandes declaraciones de principios sobre esas materias y la aprobación de planes de acción son una buena prueba de esa búsqueda de un modelo coherente y global. La iniciativa más reciente lanzada en esa dirección por las Naciones Unidas ha sido el malogrado Pacto Mundial por el Medio Ambiente, impulsado para elaborar un tratado general que codificara los principios del Derecho Internacional del Medio Ambiente y consagrara el derecho al medio ambiente de manera definitiva.

Respecto de la necesaria coordinación entre las secretarías de los acuerdos ambientales multilaterales, las instancias internacionales ponen “mucho empeño en propiciar el refuerzo recíproco entre esos acuerdos, bien en sus textos (por ejemplo, mediante referencias cruzadas con otros acuerdos o la aclaración de sus respectivos ámbitos de aplicación) o en la forma en que se perfeccionan y aplican (por ejemplo, mediante decisiones o resoluciones relativas a la

---

13 Los Estados no han adoptado un convenio universal sobre la contaminación marina de origen terrestre o sobre la protección de la calidad de los suelos o la conservación de los bosques. Algunas de las lagunas se están abordando solo recientemente: a principios de marzo de 2023 se alcanzó un acuerdo sobre un convenio para la conservación y la utilización sostenible de la biodiversidad más allá de las áreas sometidas a la jurisdicción nacional y, por otro lado, la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, en su resolución 5/14, de 2 de marzo de 2022, puso en marcha el proceso de elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre la contaminación por plásticos, en particular en el medio marino. Además, ciertas actividades con un impacto ambiental potencialmente deletéreo, como el *fracking* o fractura hidráulica deberían ser asimismo objeto de una regulación clara y precisa.

14 De acuerdo con Sands, “[t]he lack of a central legislative authority, or of a coherent set of international legislative arrangements, has resulted in a lawmaking process and a body of rules that are ad hoc, piecemeal and fragmented. The limitations of existing arrangements are well known, and there remains a real need to establish a coherent framework for the coordination of existing rules and the development of new rules”. Véase SANDS, P. et al., *Principles...*, *supra* nota 3, p. 141.

coordinación y la cooperación entre acuerdos)”<sup>15</sup>. En ese sentido, el PNUMA ha reforzado la coordinación entre los acuerdos, respetando la autonomía de la autoridad suprema de las conferencias de las partes en esos acuerdos. En esa línea, cabe destacar el “proceso de sinergias” puesto en marcha por las Conferencias de las Partes en los Convenios de Basilea, Estocolmo y Rotterdam en 2008<sup>16</sup> y 2009 y que dio lugar al establecimiento de una secretaría conjunta para los tres acuerdos y el proyecto “Programa de tratados ambientales: lograr sinergias para la diversidad biológica”, lanzado por el PNUMA en noviembre de 2017. Empero esos empeños y esfuerzos son claramente insuficientes y los casos de coordinación que pueden ser calificados como un éxito son muy escasos.

### III. LA MULTIPLICACIÓN DE LOS ARREGLOS INSTITUCIONALES AMBIENTALES

En el ámbito de la conservación del medio ambiente, la actividad de las organizaciones internacionales y otros organismos internacionales, es incesante, en particular, a causa de su papel tan relevante en la formulación, aplicación y adaptación del Derecho<sup>17</sup>. Los problemas que plantea la conservación del medio ambiente son tan variados que la mayoría de las organizaciones internacionales, tanto mundiales como regionales, se ha interesado en la misma desde los años setenta<sup>18</sup>. Entre las organizaciones internacionales que desempeñan un papel fundamental en la conservación del medio ambiente es incuestionable el liderazgo que ha asumido la ONU. Los órganos de la misma que se ocupan de estas materias son fundamentalmente la

15 Véase ASAMBLEA GENERAL, *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente...*, *supra* nota 5, párr. 80.

16 En el año 2006 se estableció un Grupo de trabajo especial para mejorar la coordinación de los tres acuerdos universales sobre productos químicos y desechos, el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional y el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. Véase el documento PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, *Cuestiones de política: Gobernanza ambiental a nivel internacional. Informe del director ejecutivo*, UNEP/GC/24/3, 6 de diciembre de 2006, párr. 47. El proceso de “unificación” de las secretarías culminó en el año 2013.

17 Es ineludible la mención a la obra, inicialmente publicada por el profesor Kiss, BEURIER, J-P., *Droit international de l'environnement*, Editions A. Pedone, Paris, 5 ed., 2017. El libro ofrece una visión descriptiva y panorámica, en ocasiones desactualizada, del papel de las organizaciones internacionales intergubernamentales en el ámbito que nos ocupa, en sus páginas 79 a 120. También puede verse en general sobre los aspectos institucionales ambientales SANDS, P. et al., *Principles...*, *supra* nota 3, pp. 55-88; y BODANSKY, D. & ASSELT, H. van, *The Art ...*, *supra* nota 4, pp. 204-231.

18 Las funciones habitualmente desempeñadas por las organizaciones internacionales pueden ser resumidas como sigue: investigación científica y técnica; intercambio de información; reglamentación; mediante recomendaciones generalmente, pero también mediante, en ciertos casos, decisiones obligatorias o la adopción de convenios internacionales; control de aplicación de reglas ambientales, generalmente mediante la recopilación de información proporcionada por los propios Estados; la gestión de recursos naturales, que constituye la forma más evolucionada de la cooperación internacional en el ámbito de la protección del medio ambiente y, por ello mismo, poco extendida en la actualidad.



Asamblea General<sup>19</sup>, el Consejo Económico y Social<sup>20</sup>, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Foro Político de Alto Nivel sobre Desarrollo Sostenible, órgano que sustituyó en 2015 a la Comisión de Desarrollo Sostenible<sup>21</sup>.

El Foro Político de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible es en estos momentos la principal plataforma de las Naciones Unidas en la esfera del desarrollo sostenible. Es un foro intergubernamental y universal y tiene un papel fundamental en el seguimiento y examen de la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en el ámbito internacional y en materia de prevención de la coincidencia de tareas entre las estructuras, los órganos y las entidades de una manera eficaz. El Foro se instituyó en 2012 sobre la base del mandato de los párrafos 84, 85 y 86 del documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), “El futuro que queremos”, aprobado por la Asamblea General con la referencia A/RES/66/288. El Foro se reúne cada año durante ocho días, en cada sesión se incluye un segmento ministerial de tres días, y cada cuatro años durante dos días, con la participación de los jefes de Estado y de Gobierno, de conformidad con la resolución 67/290 de la Asamblea, de 9 de julio de 2013. La resolución reafirma en su párrafo 2 que la Asamblea ha decidido que el Foro “proporcione liderazgo político, orientación y recomendaciones para el desarrollo sostenible, realice el seguimiento y examen del progreso en el cumplimiento de los compromisos en materia de desarrollo sostenible, mejore la integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible de manera holística e intersectorial en todos los niveles y tenga un programa bien delimitado, dinámico y orientado a la acción que tome debidamente en cuenta los problemas nuevos y en ciernes relacionados con el desarrollo sostenible”<sup>22</sup>.

- 
- 19 De conformidad con el artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas, la Asamblea General “podrá discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta, y salvo lo dispuesto en el Artículo 12 podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquellos”. El papel de la Asamblea es particularmente relevante en la promoción de estudios, el fomento de la cooperación internacional y el desarrollo del Derecho Internacional. La Asamblea aprueba todos los años resoluciones relacionadas con los problemas ambientales.
- 20 El Consejo Económico y Social, integrado por cincuenta y cuatro miembros de las Naciones Unidas, elegidos por la Asamblea General, “podrá hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los organismos especializados interesados”. También podrá formular proyectos de convención con respecto a cuestiones de su competencia para someterlos a la Asamblea General y convocar, conforme a las reglas que prescriba la Organización, conferencias internacionales sobre asuntos de su competencia.
- 21 La Comisión sobre el Desarrollo Sostenible fue establecida, como órgano de alto nivel, en virtud de la resolución 47/191, de 22 de diciembre de 1992, de la Asamblea General. La Comisión, en calidad de comisión orgánica del Consejo Económico y Social, realizaba un seguimiento de las actividades derivadas de la Conferencia de Río; promovía la cooperación internacional y examinaba los progresos realizados en la ejecución del Programa 21 en los planos nacional, regional e internacional. La Comisión sobre el Desarrollo Sostenible estaba integrada por representantes de 53 Estados, designados por el Consejo Económico y Social de entre los Miembros de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados.
- 22 La próxima reunión del Foro se celebrará del 8 al 12 de julio de 2024. Sobre el Foro puede verse el documento, sin referencia, preparado por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones

Por lo que respecta al PNUMA, este fue establecido por la Asamblea General tras la celebración de la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en virtud de la resolución 2997 (XXVII), de 15 de diciembre de 1972. Esta resolución asignó al PNUMA unas funciones limitadas consistentes principalmente en “[p]romover la cooperación internacional en relación con el medio ambiente y recomendar, cuando proceda, políticas al respecto [ y t]razar las directrices generales para la dirección y coordinación de los programas relativos al medio ambiente dentro del sistema de las Naciones Unidas”. El Programa no ha sido particularmente efectivo durante estos años en la tarea de dirección y coordinación y además la creación de la Comisión de Desarrollo Sostenible y del Fondo para el Medio Ambiente Mundial a principios de los años 90 diluyeron su influencia y agravaron la sensación de incoherencia en el seno del sistema institucional ambiental<sup>23</sup>. En la actualidad, la misión del PNUMA, de acuerdo con la Declaración de Nairobi<sup>24</sup>, es actuar como “el principal órgano de las Naciones Unidas en la esfera del medio ambiente” y ejercer las funciones propias de la “principal autoridad ambiental mundial”, estableciendo las actividades mundiales en el pro del medio ambiente, promoviendo la aplicación coherente de los aspectos ambientales del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas y actuando como defensor autorizado del medio ambiente a nivel mundial. Los logros del PNUMA son particularmente positivos en el ámbito de la adopción de tratados, el desarrollo de instrumentos de *soft law* y la asistencia jurídica a Estados en desarrollo<sup>25</sup>.

---

Unidas titulado *Introduction to the High-Level Political Forum on Sustainable Development* (Recuperado de [https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/25372A\\_Introduction\\_to\\_the\\_HLPPF.pdf](https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/25372A_Introduction_to_the_HLPPF.pdf))

- 23 Véase BOYLE, A. & REDGWELL, C., *Birnie, Boyle & Redgwell's International law and the environment*, Oxford University Press, Oxford, 4 rd., 2021, p. 69.
- 24 El Consejo de Administración del Programa, con motivo de su 19º período de sesiones, celebrado en febrero de 1997, aprobó la Declaración de Nairobi sobre el papel y el mandato del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en la que se subraya que el PNUMA es el principal órgano de las Naciones Unidas en el campo del medio ambiente. En la Declaración se reafirmó el mandato del PNUMA, que deriva de la resolución 2997 (XXVII) de la Asamblea General, tal y como está desarrollado en el Programa 21. Se afirmó que los elementos de la misión son: “a) Analizar el estado del medio ambiente mundial y evaluar las tendencias ambientales mundiales y regionales, prestar asesoramiento normativo, facilitar pronta información sobre amenazas ambientales y catalizar y promover la cooperación y las actividades internacionales, basándose en los conocimientos científicos y técnicos más avanzados; b) Fomentar el desarrollo del régimen jurídico ambiental internacional con miras al desarrollo sostenible, incluido el desarrollo de vínculos coherentes entre los convenios internacionales relativos al medio ambiente; c) Promover la aplicación de normas y políticas internacionales acordadas, controlar y fomentar el cumplimiento de los acuerdos internacionales y los principios ambientales y alentar la cooperación para hacer frente a los nuevos problemas ambientales; d) Fortalecer su función de coordinación de las actividades del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del medio ambiente, así como su función de organismo de ejecución del Fondo para el Medio Ambiente Mundial, basándose en sus ventajas comparativas y su competencia científica y técnica; e) Promover el aumento de la conciencia pública y facilitar la cooperación eficaz entre todos los sectores de la sociedad y las entidades que participen en la aplicación de las actividades internacionales en pro del medio ambiente, y actuar como vínculo eficaz entre los círculos científicos y los encargados de la adopción de decisiones en los planos nacional e internacional; f) Prestar servicios de asesoramiento y para la elaboración de políticas generales a los gobiernos y a las instituciones pertinentes en áreas clave del desarrollo de las instituciones”.
- 25 Véase BOYLE, A. & REDGWELL, C., *Birnie, Boyle & Redgwell's International...*, *supra* nota 23, p. 70.

Las comisiones regionales de las Naciones Unidas también han dedicado una parte de sus esfuerzos a los temas ambientales<sup>26</sup>. La Comisión Económica para Europa ha contribuido notablemente a través de la elaboración y aplicación de varios convenios y protocolos ambientales. Todavía en el sistema de las Naciones Unidas, muchos organismos de diferente naturaleza han incorporado a sus agendas en las últimas décadas las cuestiones medioambientales relacionadas con sus objetivos y ámbitos de acción: entre otros, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, la Organización Meteorológica Mundial, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Marítima Internacional, la Organización de Aviación Civil Internacional y el Organismo Internacional de Energía Atómica.

Finalmente, al margen de la acción de las Naciones Unidas y sus organismos, numerosas organizaciones interestatales, en particular, las de ámbito regional o subregional, se han mostrado especialmente activas en el campo del medio ambiente. Entre las organizaciones más dinámicas hay que destacar la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), y en particular el Consejo de Europa, cuya obra en la esfera medioambiental es extraordinariamente valiosa. En el ámbito de las organizaciones de integración regional, la Unión Europea ha desarrollado una política de medio ambiente coherente y avanzada.

Desde la plena incorporación de los temas ambientales a la agenda internacional a lo largo de los años setenta, las organizaciones internacionales se han mostrado extraordinariamente activas y han puesto en marcha numerosas iniciativas en este ámbito. Esta actividad desenfrenada en pro de la conservación del medio ambiente ha dado unos resultados desiguales, no solo por los problemas financieros y de otra índole, sino también en gran medida por la descoordinación administrativa, la duplicidad de esfuerzos y la incapacidad de los Estados en desarrollo de aplicar los compromisos asumidos en dichos foros.

En definitiva, el modelo que ha inspirado la instauración y el funcionamiento de los mecanismos institucionales en el plano de la gobernanza internacional del medio ambiente está anticuado. Ya en el año 2001 el PNUMA afirmaba que “[l]a maquinaria existente sigue siendo fragmentaria, a menudo con mandatos vagos, recursos insuficientes y un mínimo apoyo político”<sup>27</sup> y esa constatación sigue siendo plenamente válida más de veinte años después<sup>28</sup>. La

---

26 En relación con la acción de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe hay que destacar la adopción del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018 y que entró en vigor el 22 de abril de 2021.

27 Véase el documento GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA DE MINISTROS O DE SUS REPRESENTANTES SOBRE LA GESTIÓN DE LOS ASUNTOS AMBIENTALES A NIVEL INTERNACIONAL, *Gestión de los asuntos ambientales a nivel internacional. Informe del director ejecutivo*, UNEP/IGM/1/2, 4 de abril de 2001, párr. 73.

28 Como señala el profesor Juste, “algunos analistas sostienen que el Derecho internacional ambiental no está respondiendo de modo satisfactorio a los nuevos desafíos planetarios y que los planteamientos renovadores sobre la gobernanza de los ecosistemas y el control del sistema social y ecológico se abren paso muy lentamente en los foros internacionales. La actual respuesta normativa y la gobernanza global frente a los

estructura institucional del DIMA no se enfrenta apropiadamente a los problemas ambientales actuales y es inadecuada para responder a los desafíos ambientales de ámbito global más recientes. En particular, la gestión fragmentaria conlleva paralelamente una visión parcial y fraccionada de la crisis ambiental e impide el desarrollo de un enfoque integral de dicha crisis y de los problemas ambientales que la motivan. La experiencia que hemos atesorado en las últimas décadas debe guiarnos hacia la adopción de un nuevo enfoque en la gobernanza del medio ambiente y de la estructura institucional del DIMA<sup>29</sup>.

#### IV. LOS DEBATES EN TORNO A LA REFORMA DE LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

La preocupación por dotar al sistema ambiental de las Naciones Unidas de una mayor coherencia se expresó ya poco después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972<sup>30</sup>. En diferentes ocasiones y foros, también en la Asamblea General<sup>31</sup> y desde luego en el Consejo de Administración del PNUMA<sup>32</sup>, los miembros de las Naciones Unidas abrieron diálogos, procesos de consulta y lanzaron llamamientos a la revisión del modelo de gestión del medio ambiente en la Organización. No obstante, la consideración más profunda de la cuestión emergió formalmente en la Cumbre para la Tierra Río+5<sup>33</sup>, en el marco más amplio de reflexión sobre la renovación de las Naciones Unidas iniciado en aquellos años. En el seno de la Organización, se pusieron en marcha varias iniciativas en torno a la necesaria revisión del sistema institucional del DIMA. Estos debates confirmaron el amplio consenso entre los Estados miembros y los organismos de las Naciones Unidas sobre la conveniencia de una

---

desafíos del Antropoceno resultan insuficientes y muchas voces reclaman un derecho transformador que responda a la actual crisis socio-ecológica y sea capaz de promover una gestión humana más cuidadosa de los sistemas naturales". Véase JUSTE RUIZ, J., "50 años del Derecho Internacional Ambiental ...", *supra* nota 2, p. 15. (Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/414144>)

- 29 Persiste, en definitiva, una necesidad prioritaria de racionalizar "the international lawmaking process by improving coordination between international organisations and their secretariats, in particular those established by environmental agreements". Véase SANDS, P. *et al.*, *Principles ...*, *supra* nota 3, p. 141.
- 30 Véase la resolución 2997 (XXVII) de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1972. Sobre el desarrollo de la preocupación internacional por mejorar la gobernanza internacional en el plano ambiental puede verse KAKAKHEL, S., "The Role of the United Nations Environment Programme in Promoting International Environmental Governance" *International environmental law-making and diplomacy review 2005*, pp. 23-42.
- 31 Véase la resolución 53/242 de la Asamblea General. En el *Plan para la ulterior ejecución del Programa 21*, aprobado en 1997, en el décimo noveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, se subraya que, habida cuenta del número cada vez mayor de órganos que adoptan decisiones en relación con diversos aspectos del desarrollo sostenible, incluso convenciones internacionales, es cada vez más necesario contar con una mejor coordinación de políticas en el plano intergubernamental, y se aconseja que los intentos de aumentar la colaboración entre las secretarías de esos órganos de adopción de decisiones sean sostenidos y más concertados (párr. 117).
- 32 Véase la decisión del Consejo de Administración 21/21, sobre gobernanza ambiental a nivel internacional; o las decisiones SS.VII/1 y SS.VIII/1 del Consejo de Administración del PNUMA/ Foro Ambiental Mundial a Nivel Ministerial sobre gobernanza ambiental a nivel internacional.
- 33 La cumbre, oficialmente una sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en período extraordinario, se celebró del 23 al 27 de junio de 1997.

renovación de dicho sistema. Esta convicción y la preocupación por realizar una reforma que asegurara de manera real la gestión efectiva de la crisis ambiental se manifestó en numerosos documentos internacionales y en la creación de nuevos órganos de reflexión sobre las opciones para la renovación institucional en el plano internacional.

En efecto, en 1998, el Secretario General de las Naciones Unidas estableció el *Grupo de Tareas sobre el Medio Ambiente y los Asentamientos Humanos*. Sobre la base de sus recomendaciones, la Asamblea General, en 1999, en virtud de la resolución 53/242, estableció el *Grupo de Gestión Ambiental*<sup>34</sup>. El Grupo inició sus actividades en enero de 2001 para estudiar el fortalecimiento de la coordinación interinstitucional y también la coherencia entre los arreglos institucionales de los convenios internacionales. El Grupo es el principal mecanismo de coordinación de las actividades medioambientales en el sistema de las Naciones Unidas y está compuesto por 51 organismos especializados, programas y órganos del sistema de las Naciones Unidas, incluidas las secretarías de los acuerdos ambientales multilaterales. Está presidido por el director ejecutivo del PNUMA y su secretaría está administrada y financiada por el PNUMA. A partir de 2014 se inició un proceso de revisión del mandato del Grupo para identificar posibles medidas con vistas a maximizar la eficacia y la eficiencia del Grupo. En consecuencia, se ha revisado su mandato, aunque sus funciones siguen siendo las mismas y, en opinión de algunos autores, sigue siendo un órgano ineficaz<sup>35</sup>.

Los debates en torno a la gobernanza ambiental en el plano internacional se concretaron en llamamientos a su renovación expresados en los foros internacionales más destacados. Entre los meses de agosto y septiembre de 2002, se celebró en Johannesburgo la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible. La Cumbre aprobó un Plan de Aplicación en cuyo capítulo XI, relativo al marco institucional, se proponía un ambiguo fortalecimiento de los organismos y organizaciones internacionales que se ocupan del desarrollo sostenible, respetando sus mandatos actuales<sup>36</sup>.

Posteriormente, en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, los miembros de las Naciones Unidas reconocieron que:

“la necesidad de aumentar la eficiencia de las actividades del sistema de las Naciones Unidas relacionadas con el medio ambiente, mediante una coordinación mayor, una orientación y un asesoramiento normativos más eficaces, el perfeccionamiento de los conocimientos, la evaluación y la cooperación en el ámbito científico, la aplicación más estricta de los tratados, con el debido respeto de su autonomía jurídica, y una mayor

---

34 El portal del Grupo está disponible en la dirección <https://unemg.org/> Sobre el Grupo véase URHO, N., *et al.*, *International Environmental Governance. Accomplishments and Way Forward*, Copenhagen, The Nordic Council of Ministers, 2019, pp. 41-44 (Recuperado de <http://norden.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1289927&dswid=-3651>).

35 *Ibid.*, p. 44. En relación con el Grupo se ha afirmado que “[r]eforms in the coordination function, however, have been largely cosmetic, and coherence and coordination remain a challenge”. *Ibid.*, p. 12. En el propio seno de las Naciones Unidas, se ha afirmado que la acción del Grupo ha demostrado poco alcance o eficacia. Véase ASAMBLEA GENERAL, *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente...*, *supra* nota 5, párr. 81.”

36 Véase NACIONES UNIDAS, *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002*, A/CONF.199/20\*.

integración de las actividades relacionadas con el medio ambiente en el marco amplio del desarrollo sostenible a nivel operacional, incluso por medio del fomento de la capacidad, convenimos en estudiar la posibilidad de establecer un marco institucional más coherente para atender a esa necesidad, que incluya una estructura más integrada, sobre la base de las instituciones existentes y los instrumentos convenidos en el plano internacional, así como los órganos establecidos en virtud de tratados y los organismos especializados<sup>37</sup>.

La Asamblea General de las Naciones Unidas inició un proceso de consultas informal a finales del año 2005, con ocasión de su sexagésimo período de sesiones y a propuesta del Presidente de la Asamblea General, sobre el marco institucional de las actividades de las Naciones Unidas en la esfera del medio ambiente. El Secretario General estableció el Grupo de Alto Nivel sobre la coherencia en todo el sistema de las Naciones Unidas en los ámbitos del desarrollo, la asistencia humanitaria y la protección del medio ambiente encargado también de examinar la cuestión de la renovación ambiental en la Organización. El 9 de noviembre de 2006 el Grupo publicó su informe<sup>38</sup>. En el documento se reconocía que:

“...se pueden lograr mejoras considerables en la eficiencia y la eficacia de la respuesta mediante una mayor coordinación y una mejor capacidad normativa y operacional [...] Para mejorar la eficacia y la precisión de las actividades ambientales, debería reforzarse el sistema internacional de gobernanza ambiental y hacerlo más coherente mediante la renovación del PNUMA, que debería tener verdadera autoridad para ser el pilar de la política ambiental de las Naciones Unidas. Se debe fomentar la sinergia entre las organizaciones de las Naciones Unidas que se ocupan del medio ambiente y también la eficiencia y coordinación entre los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente. Las Naciones Unidas deben realizar una evaluación independiente del actual sistema internacional de gobernanza ambiental para apoyar las iniciativas de reforma iniciadas<sup>39</sup>.”

Los debates sobre la renovación institucional de las Naciones Unidas en el ámbito ambiental propiciaron la enunciación de propuestas con vistas al fortalecimiento de los mecanismos de gobernanza ambiental de la Organización. Todas las propuestas giraban en torno a la necesidad de disponer de un organismo ambiental internacional vigoroso y se ofrecieron fundamentalmente las siguientes opciones:

- a. Convertir el PNUMA en un organismo especializado, que contara con un estatuto adecuado y presupuesto propio;
- b. Transformar el Consejo Económico y Social en un Consejo sobre el Desarrollo Sostenible, pero para operar dicha transformación sería necesario reformar la Carta;
- c. Crear una nueva Organización Mundial del Medio Ambiente, con una función claramente rectora en relación con los acuerdos ambientales multilaterales, un mandato claro y sólido y unos recursos suficientes.;

---

37 Véase ASAMBLEA GENERAL, *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, A/RES/60/1, 24 de octubre de 2005, párr. 169 *in fine*.

38 Véase ASAMBLEA GENERAL, *Nota del Secretario General. Unidos en la acción. Informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General*, A/61/583, de 20 de noviembre de 2006.

39 *Ibid.*, p. 32.

- d. Transformar el Consejo de Administración Fiduciaria, en un Consejo sobre el Desarrollo Sostenible, para operar dicha transformación también habría que reformar la Carta;
- e. Reforzar la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible;
- f. Reforzar el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente<sup>40</sup>.

Dichas opciones abarcaban desde el mero fortalecimiento de la estructura internacional de reglamentación y gestión del medio ambiente, en especial, del PNUMA y de la coordinación entre los organismos ambientales de las Naciones Unidas hasta el establecimiento de una nueva Organización de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. La primera opción, el reforzamiento del papel de los órganos que se ocupan del medio ambiente, en particular, del PNUMA, era claramente insuficiente para hacer frente a los desafíos ambientales. Es decir, aunque la revitalización del PNUMA que se había abordado en aquellos años había sido altamente positiva, y las propuestas para su fortalecimiento eran también muy acertadas, podían ser consideradas como claramente limitadas. Era evidente, en esos momentos, que era necesaria una reforma ambiental profunda. Por otro lado, la creación de una nueva y poderosa Organización para el Medio Ambiente habría implicado dar entrada a un nuevo actor en el escenario internacional, originando solapamientos y nuevos problemas de coherencia y autonomía normativa e institucional entre las instancias internacionales ambientales. Se entendía que la reforma debía partir de la estructura institucional existente y no del establecimiento de un nuevo arreglo internacional<sup>41</sup>. En ese sentido, la mayor parte de las opiniones recabadas en los procesos de consultas desplegados por la Organización coincidían en que la reforma de la estructura institucional en materia ambiental debía partir de “un enfoque gradual del fortalecimiento y la racionalización de la estructura”<sup>42</sup>. En particular, apoyaban el reforzamiento del mandato del PNUMA con vistas a configurarlo como la autoridad ambiental internacional<sup>43</sup>. Para ello había que mejorar la coordinación entre las diversas instancias internacionales y poner a disposición de un PNUMA reforzado los instrumentos apropiados para una gestión coherente de los acuerdos internacionales y de los calendarios, los programas y las estrategias sobre la base de un enfoque integral de la crisis ambiental.

---

40 Véase el documento GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA DE MINISTROS O DE SUS REPRESENTANTES SOBRE LA GESTIÓN DE LOS ASUNTOS AMBIENTALES A NIVEL INTERNACIONAL, *Gobernanza ambiental a nivel internacional. Informe del director ejecutivo*, UNEP/IGM/3/2, 17 de agosto de 2001, párr. 129.

41 Véase BIERMANN, F., & BAUER, S., (eds.), *A World Environment Organization: Solution or Threat for Effective International Environmental Governance?*, Ashgate, Aldershot, UK, 2005, p. 37.

42 Véase el documento GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA ..., *supra* nota 38, párr. 10.

43 Véase BIERMANN, F., 2007. “Reforming global environmental governance. From UNEP towards a world environment organization”, en SWART, L., & PERRY, E., (eds.) *Global Environmental Governance. Perspectives on the Current Debate*, Center for UN Reform Education, New York, 2007, pp. 103–123 (Recuperado de <https://centerforunreform.org/2007/04/19/global-environmental-governance-perspectives-on-the-current-debate/>)

El fortalecimiento del PNUMA ya había sido reclamado en los foros internacionales y se había hecho un llamamiento en ese sentido en varios instrumentos internacionales, como la Declaración de Nairobi sobre la función y el mandato del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente<sup>44</sup>, mencionada anteriormente. En ese sentido, en 1997, en el documento *Renovación de las Naciones Unidas: Un programa de reforma*<sup>45</sup>, el Secretario General indicaba, en relación con el PNUMA, que “[h]a de considerarse especialmente prioritaria la necesidad de darle un rango, una fuerza y una capacidad de acceso a los recursos que necesita para funcionar con eficacia, en su calidad de organismo ambiental de la comunidad mundial. (...) Debe fortalecerse el papel del PNUMA como centro de armonización y coordinación de las actividades relacionadas con el medio ambiente”.

También, hay que traer a colación la Declaración Ministerial de Malmö<sup>46</sup>, de 31 de mayo de 2000, en cuyo párrafo 24 se indica que se acordó que la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002 “debería examinar los requisitos necesarios para una estructura institucional que tenga la capacidad de abordar eficazmente la amplia gama de las amenazas ambientales en un mundo en proceso de mundialización. Es menester reforzar la función del PNUMA a este respecto así como ampliar y hacer más previsible su base financiera”.

En el informe *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General (21 de marzo de 2005)*<sup>47</sup> se indicó que:

“Ha llegado el momento de considerar la posibilidad de crear una estructura más integrada para establecer normas ambientales, debatir cuestiones científicas y supervisar el cumplimiento de los tratados. Para ello deberían utilizarse las instituciones existentes, como el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, así como los órganos creados en virtud de tratados y los organismos especializados. Entretanto, las actividades ambientales realizadas a nivel nacional saldrían beneficiadas si los organismos de las Naciones Unidas intensificaran sus relaciones sinérgicas, tanto en los aspectos normativos como operacionales, aprovechando al máximo sus ventajas comparativas a fin de lograr un enfoque integrado del desarrollo sostenible que conceda la debida importancia a los dos elementos de este concepto.”

En ese sentido, también el Grupo intergubernamental de composición abierta de ministros o sus representantes sobre gobernanza ambiental a nivel internacional, sugirió que:

“20. Debería situarse al PNUMA en el centro de la gobernanza ambiental a nivel internacional. Sobre la base del mandato que le fue asignado en virtud del Programa

---

44 Aprobada en virtud de la Decisión 19/1 del Consejo de Administración, de 7 de febrero de 1997, anexo. Sobre la Declaración y su contribución a los debates sobre la renovación ambiental véase *KAKAKHEL, S.*, “The Role of the United Nations Environment Programme...”, *supra* nota 30, pp. 28-29.

45 Con referencia UN Doc. A/51/950, 14 de julio de 1997.

46 La Declaración está recogida en CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, *Informe del Consejo de Administración sobre la labor realizada en su Foro Ambiental Mundial a Nivel Ministerial/sesto periodo extraordinario de sesiones, UNEP/GCSS.VI/9*, anexo I.

47 Véase ASAMBLEA GENERAL, *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General, A/59/2005*, 21 de marzo de 2005.



21, el Plan para la ulterior ejecución del Programa 21 y la Declaración de Nairobi, el PNUMA debería desempeñar una función más prominente en relación con la facilitación de la aplicación efectiva de los compromisos contraído por la comunidad internacional y el logro de la coherencia y una mejor coordinación entre las instituciones que configuran la estructura de la gobernanza ambiental a nivel internacional, y así contribuir a lograr el desarrollo sostenible.

21 El nuevo sistema de gobernanza, basado en el fortalecimiento del PNUMA en Nairobi, debería ser transparente y democrático<sup>748</sup>.

En el informe del 2006 del Grupo de Alto Nivel sobre la coherencia en todo el sistema de las Naciones Unidas en los ámbitos del desarrollo, la asistencia humanitaria y la protección del medio ambiente se instaba a reformar el PNUMA para que pudiera actuar eficazmente como el necesario “pilar de la política ambiental” del sistema de las Naciones Unidas<sup>49</sup>.

Cualquier opción, debía también tomar en cuenta la autonomía normativa e institucional de los acuerdos ambientales multilaterales y la supremacía de las conferencias de la Partes en el gobierno de dichos acuerdos. Pero la reforma de la estructura institucional no era suficiente y había que abordar también una revisión de la aplicación de los acuerdos multilaterales ambientales y de la acción fragmentaria de sus instituciones. Entre otras medidas se sugirió la instalación conjunta de las secretarías de los acuerdos, la elaboración de convenios universales de carácter general que dieran mayor coherencia a los acuerdos vigentes; o la utilización de un único organismo científico para prestar el apoyo científico y técnico necesario a las instituciones de los acuerdos, que sustituiría a los innumerables órganos subsidiarios científicos existentes. En todo caso, la reforma en este ámbito requería asimismo una reestructuración de los mecanismos financieros y la garantía de unos recursos estables, suficientes y previsibles, poniendo fin a los graves problemas presupuestarios que padecía, y padece, la agenda ambiental de la comunidad internacional.

## **V. LA PROPUESTA DE UNA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE**

Las propuestas para la reforma del PNUMA fueron retomadas por un grupo de Estados y la Unión Europea que asumieron la iniciativa y reclamaron la conversión del PNUMA en un nuevo organismo especializado de las Naciones Unidas. Una de las primeras autoridades en reclamar la creación de una Organización de las Naciones Unidas para el Medio ambiente<sup>50</sup>,

---

48 Véase el documento GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA DE MINISTROS O SUS REPRESENTANTES SOBRE GOBERNANZA AMBIENTAL A NIVEL INTERNACIONAL, *Informe del presidente del Comité de Representantes Permanentes ante el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente sobre gobernanza ambiental a nivel internacional*, UNEP/IGM/2/3, 28 de junio de 2001, párr. 20 y 21.

49 Véase ASAMBLEA GENERAL, *Nota del Secretario General. Unidos en la acción...*, supra nota 38, párr.30.

50 Sobre la organización propuesta, véase BAUER, S., AND BIERMANN, F., *Does Effective International Environmental Governance Require a World Environment Organization? The State of the Debate Prior to the Report of the High-Level Panel on Reforming the United Nations. Global Governance, Working Paper*

sobre la base del actual PNUMA, fue el Presidente francés Chirac en su intervención con motivo de la 58ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 23 de septiembre de 2003<sup>51</sup>. A partir de dicho discurso, diferentes organizaciones internacionales se sumaron a dicha iniciativa, entre otras, la Organización Internacional de la Francofonía<sup>52</sup>; o la propia Unión Europea<sup>53</sup>. Además, un grupo de trabajo, llamado *Informal Working Group on the*

---

no. 13, The Global Governance Project, Amsterdam, Berlin, Potsdam, Oldenburg, 2004 (Recuperado de <http://www.glogov.org/images/doc/WP13.pdf>) También, BIERMANN, F. & SIMONIS, U.E., *Institutional Reform of International Environmental Policy: Advancing the Debate on a World Environment Organization*. WZB Discussion Paper FS II no. 00-401, Social Science Research Center Berlin, Berlin, 2000 (Recuperado de <http://bibliothek.wzb.eu/pdf/2000/ii00-401.pdf>)

También puede verse MEYER-OHLENDORF, N. y KNIGGE, M., “A United Nations Environment Organization”, en SWART, L. & PERRY, E., (eds.), *Global Environmental Governance: Perspectives on the Current Debate*, Center for UN Reform Education, New York, 2007, pp. 124-141 (Recuperado de <https://centerforunreform.org/2007/04/19/global-environmental-governance-perspectives-on-the-current-debate/>); y también BIERMANN, F., “Reforming global ...”, *supra* nota 41, pp. 103-123 (Recuperado de <https://centerforunreform.org/2007/04/19/global-environmental-governance-perspectives-on-the-current-debate/>)

- 51 “... Nous prenons conscience aujourd’hui de ce que la mondialisation requiert une gouvernance économique, sociale, environnementale plus forte. A cette fin, la France propose la création d’une nouvelle enceinte politique, qui soit représentative de l’état économique du monde d’aujourd’hui dans toute sa diversité. Ce conseil serait chargé de donner les impulsions nécessaires aux institutions internationales, de favoriser leur coordination et de mieux anticiper et traiter les problèmes globaux. [...] Contre le chaos d’un monde secoué par les désastres écologiques, appelons à une responsabilité partagée, autour d’une Organisation des Nations Unies pour l’Environnement». El discurso está disponible en el portal *Vie publique. Au cœur du débat public*, en el enlace [www] <https://www.vie-publique.fr/discours/139378-discours-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-la-reform> Sobre la propuesta francesa puede verse LE PRESTRE, Ph., “Gouvernance internationale de l’environnement. Une initiative française “ *Annuaire Français de Relations Internationales* 7 2006, pp. 924-941 (Recuperado de <https://www.afri-ct.org/article/gouvernance-internationale-de-l/>)
- 52 Los Estados participantes en la organización afirmaron en la Declaración de Ouagadougou: “Nous soutenons à cet effet le renforcement du Programme des Nations unies pour l’environnement (PNUE) et soulignons la nécessité de renforcer les capacités opérationnelles et la concertation des divers mécanismes internationaux en matière d’environnement pouvant conduire à des réformes institutionnelles au sein des Nations unies, telles que la transformation graduelle et à terme du PNUE en organisation spécialisée des Nations unies pour l’environnement (ONUE)». La Declaración se aprobó durante la *Xème Conférence des Chef d’Etat et de Gouvernement des pays ayant le français en partage*, el 27 de noviembre de 2004 y está disponible en el portal de la Francofonía, en la dirección [www] [https://www.francophonie.org/sites/default/files/2019-10/Declaration\\_SOM\\_X\\_27112004.pdf](https://www.francophonie.org/sites/default/files/2019-10/Declaration_SOM_X_27112004.pdf).
- 53 En las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (20 y 21 de marzo de 2003), los Estados miembros reflejaron su compromiso para “reforzar la buena gestión internacional del medio ambiente, que podría dar lugar a que el PNUMA se transforme en agencia especializada de las Naciones Unidas con un mandato de amplia base en materia medioambiental”. Véase CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Nota de Transmisión. Consejo Europeo de Bruselas 20 y 21 de marzo de 2003. Conclusiones de la Presidencia*, Bruselas, 5 de mayo de 2003, 8410/03 (Recuperado de <https://www.consilium.europa.eu/media/20852/75142.pdf>) párr. 60 *in fine*. Del mismo modo, en junio de 2005, el Consejo Europeo respaldó “el llamamiento urgente del Secretario General en favor de una estructura de gobernanza medioambiental internacional más integrada, basada en las instituciones existentes. En este sentido, y teniendo en cuenta los retos medioambientales que se plantean en materia de desarrollo, la UE propone que la reunión de alto nivel de septiembre de 2005 ponga en marcha un proceso, en el marco de la reforma de las Naciones Unidas, que dé lugar a negociaciones sobre la creación de un organismo de las Naciones Unidas

*Transformation of the United Nations Environment Programme into a specialized institution*, presidido por Francia y que incluía 26 Estados desarrollados, en desarrollo, tanto partidarios como detractores de la nueva organización, fue convocado por el gobierno francés en el 2004. El grupo concluyó sus trabajos en abril de 2005, presentando un informe sobre sus debates<sup>54</sup>.

El Presidente Jacques Chirac propuso nuevamente en septiembre de 2006 en su alocución ante la Asamblea General de las Naciones Unidas la creación de la Organización de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y anunció la celebración de una conferencia para impulsar dicha propuesta. El gobierno francés organizó el 2 y 3 de febrero de 2007 la conferencia “*Ciudadanos de la Tierra: Conferencia de París para una gobernanza ecológica mundial*” con el objetivo de llamar la atención sobre la gravedad de la situación, determinar las prioridades de acción y reclamar la transformación del PNUMA en una organización internacional. En la conferencia, el Presidente francés reiteró su propuesta<sup>55</sup>:

“Il faut construire une gouvernance mondiale de l’environnement. L’unilatéralisme, dans ce domaine aussi, mène à l’impasse. De même qu’il est la condition de la paix, le multilatéralisme constitue la clé pour un développement durable. Le Programme des Nations unies pour l’Environnement est un programme et une organisation remarquables à laquelle je tiens à rendre hommage. Mais il ne dispose pas d’un pouvoir et d’un poids institutionnel suffisants. Notre objectif, ce doit être de le transformer en une Organisation des Nations unies à part entière. Cette organisation des Nations unies pour l’Environnement portera la conscience écologique mondiale. Elle procédera à l’évaluation impartiale et scientifique des menaces. Forte d’un mandat politique, elle aura la légitimité pour mettre en œuvre les actions décidées en commun. Elle donnera plus de force, plus de cohérence à notre action collective.»

La conferencia aprobó el denominado Llamamiento de París, o *Paris Call Action*, cuyos firmantes manifestaron su apoyo a los:

“7. (...) efforts of the nations who are taking action, in the spirit of a shared sovereignty, to strengthen international environmental governance. We call for the transformation of the

---

para el medio ambiente, creado a partir del PNUMA, con un mandato actualizado y reforzado, basado en contribuciones financieras estables, adecuadas y previsibles y que funcione en condiciones de igualdad con los demás organismos especializados de las Naciones Unidas. Este organismo, con sede en Nairobi, permitiría desarrollar la dimensión medioambiental del desarrollo sostenible de una manera integrada y coherente y cooperaría estrechamente con los organismos multilaterales, utilizando cada uno de manera óptima sus ventajas comparativa”. Véase CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Nota de Transmisión. Consejo Europeo de Bruselas de 16 y 17 de junio de 2005. Conclusiones de la Presidencia*, Bruselas, 15 de julio de 2005, 10255/1/05 rev 1, párr. 39 (Recuperado de <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10255-2005-REV-1/es/pdf>).

54 Véase KAKAKHEL, S., “The Role of the United Nations Environment Programme in Promoting International Environmental Governance” *International environmental law-making and diplomacy review*, 2005, University of Joensuu, Joensuu, Finland, 2006, pp. 23-42. p. 40.

55 El discurso está disponible en el portal *Vie publique. Au cœur du débat public* en el enlace [www] <https://www.vie-publique.fr/discours/165289-declaration-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-les-ac> Sobre la Conferencia puede consultarse el folleto oficial disponible en el portal en Internet de la embajada de Francia en Pakistán, en [www] <https://pk.ambafrance.org/Citoyens-de-la-Terre-Conference-de>

United Nations Environment Programme into a fully-fledged international organization that is genuinely universal.

Modeled on the World Health Organization, the United Nations Environment Organization will be a strong voice with global recognition. It will be the instrument used to assess environmental damage and understand how to repair that damage; an effective instrument to promote technologies and behaviors that respect ecosystems more effectively; a way to support the implementation of environmental decisions all over the planet<sup>56</sup>.

En esa conferencia, el Secretario General de las Naciones Unidas manifestó su compromiso con la reforma del sistema de las Naciones Unidas en este ámbito, aunque se abstuvo de apoyar claramente el proyecto:

“Tengo el firme empeño de asegurar que las Naciones Unidas ayuden a la comunidad internacional a lograr la transición hacia un desarrollo sostenible. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente –el organismo encargado de esta cuestión– ha emprendido amplias reformas para lograr estar a la altura de este desafío. Los demás organismos que integran el sistema de las Naciones Unidas también se están movilizándolo en este sentido. Y tengo previsto fortalecer aún más esta labor<sup>57</sup>.”

A pesar de la cautela del máximo representante de las Naciones Unidas, la idea de establecer un organización internacional, sobre la base del PNUMA, gozaba de gran predicamento y apoyo. Efectivamente, con ocasión de la conferencia se constituyó el Grupo de amigos de la Organización de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, cuya primera reunión tuvo lugar en Agadir, Marruecos, los días 12 y 13 de abril de 2007<sup>58</sup>. El grupo estaba integrado por más de cincuenta Estados<sup>59</sup>. Esta iniciativa era buena prueba de la convicción profunda de numerosos Estados<sup>60</sup> y de la Unión Europea<sup>61</sup> de que era necesaria una reforma radical del

---

56 El documento está disponible como Anexo III en la obra SWART, L. & PERRY, E., (eds.), *Global Environmental Governance: Perspectives on the Current Debate*, Center for UN Reform Education, New York, 2007, pp. 157-158 (Recuperado de <https://old.centerforunreform.org/node/251>)

57 El mensaje está disponible en el portal de las Naciones Unidas en el enlace [www] <https://www.un.org/es/sg/messages/2007/parisconferen2007.html>

58 Véase INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Friends of UNEO meet in Morocco, 22 de mayo de 2007* (Recuperado de <https://sdg.iisd.org/news/friends-of-uneo-meet-in-morocco/>)

59 Véase MEYER-OHLENDORF, N. y KNIGGE, M., “A United Nations Environment Organization ...”, *supra* nota 48, p. 139 (Recuperado de <https://centerforunreform.org/2007/04/19/global-environmental-governance-perspectives-on-the-current-debate/>)

60 Sobre la posición de ciertos Estados y de la Unión Europea puede consultarse MÖLLER, C., “Reforming UN Environmental Governance”, *Dialogue on globalization. Fact sheet. FES New York*, April 2007, pp. 1-2 (Recuperado de <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/usa/04458.pdf>)

61 Sobre la posición de Stavros Dimas, comisario europeo de medio ambiente en defensa de esta propuesta, puede consultarse la entrevista “Stavros Dimas: “Nous serons capables d’avoir une industrie compétitive, des voitures propres et bon marché”, *Toute l’Europe. Comprendre l’Europe*, 02.02.2007 (Recuperado de <https://www.touteurope.eu/environnement/stavros-dimas-nous-serons-capables-d-avoir-une-industrie-competitive-des-voitures-propres-et-bon/>) El comisario indicó que “... l’Union européenne soutient ce projet. Il s’agit de créer une Organisation des Nations Unies de l’Environnement sur les fondements de l’actuel Programme des Nations unies pour l’Environnement (PNUE), basé à Nairobi. Les questions environnementales pourraient ainsi bénéficier d’une voix plus forte, à égalité avec des organisations éco-

modelo de gestión ambiental de las Naciones Unidas para enfrentarse a los graves problemas ambientales que nos amenazan. No obstante, la opción que descartaba la creación de la nueva organización constituía una vía menos ambiciosa pero más realista y más compatible con las realidades de la política internacional ya que los Estados se muestran reacios a ceder su autoridad a las instituciones internacionales. Este enfoque facilitador se basaba en fortalecer y capacitar más que en requerir y en la idea de los resultados mutuamente beneficiosos para los Estados, por ejemplo, sobre la base de construir un consenso científico y normativo y de abordar los obstáculos al cumplimiento<sup>62</sup>. Efectivamente, la creación de dicha organización ambiental era políticamente inaceptable para muchos Estados y jurídicamente compleja ya que era difícil compaginar las competencias de esa nueva organización con las competencias ambientales de otras organizaciones internacionales y sobre todo con la autonomía normativa e institucional de los acuerdos ambientales y sus órganos. Finalmente, estas dificultades se convertirían en obstáculos insalvables<sup>63</sup>.

## **VI. LAS REFORMAS DE LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE**

Los debates en torno a la reforma de la gobernanza internacional ambiental concluyeron formalmente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20) de 2012 y lo hicieron del modo más decepcionante. De conformidad con la resolución A/RES/64/236 de la Asamblea General, de 31 de marzo de 2010, que convocaba la conferencia, esta debía centrarse, *inter alia*, en el marco institucional del desarrollo sostenible, abriendo teóricamente la vía a la constitución de una organización para el medio ambiente. Desafortunadamente, a la vista de la oposición de numerosos Estados a la conversión del PNUMA en la Organización de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en la Conferencia se optó por la opción que implicaba, de un lado, el fortalecimiento del PNUMA, a través del mejoramiento de su diseño institucional, de sus funciones y de su financiación y, de otro lado, el reforzamiento de los mecanismos de coordinación de los órganos de los acuerdos multilaterales ambientales. En particular China, numerosos Estados en desarrollo y EEUU se oponían frontalmente a la creación de la organización. En particular, los Estados Unidos parecían favorecer un enfoque “a la carta” de la gobernanza medioambiental con tratados relativos a un solo tema o problema y mecanismos de aplicación débiles. En opinión del gobierno estadounidense, el sistema de acuerdos multilaterales medioambientales reflejaba un buen equili-

---

nomiques internationales comme l'OMC. Cette organisation permettra également un meilleur financement des questions d'environnement et rendra possible une coordination accrue des accords environnementaux internationaux et de l'activité d'institutions qui agissent aujourd'hui de manière indépendante”.

62 Véase BODANSKY, D.M., *What is International environmental Law?* University of Georgia School of Law Research Paper Series. Paper No. 09-012, August 2009, pp. 26-27 (Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1448809](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1448809))

63 En otra de las obras de referencia obligada, ya citada, a saber, BOYLE, A. & REDGWELL, C., *Birnie, Boyle & Redgwell's International law and the environment*, Oxford University Press, Oxford, 4 rd., 2021, se puede encontrar también interesantes reflexiones sobre la evolución del PNUMA y la cuestión del alumbramiento de una organización internacional ambiental, en las páginas 68 a 71.

brio entre coordinación y descentralización. Ese gobierno se manifestó claramente en contra de otra organización “supranacional” en este ámbito, ya que entendía que la responsabilidad principal de la gobernanza medioambiental debía recaer en los gobiernos nacionales<sup>64</sup>. Entre los principales argumentos para oponerse a la creación de la organización podemos subrayar el rechazo al establecimiento de una nueva instancia que se añadiría a la ya compleja maraña de arreglos institucionales en el ámbito medioambiental. En ese sentido, el negociador jefe de Brasil se mostró en contra de “crear una nueva burocracia”<sup>65</sup>, expresando el sentir de numerosos gobiernos. Desde un punto de vista jurídico, ya se ha comentado anteriormente que esa opción suscitaba serias preocupaciones sobre el modo de conciliar las competencias de la nueva organización con las competencias propias de las organizaciones internacionales en temas ambientales y las competencias de los órganos de los tratados, incluyendo a los órganos científicos y los órganos de cumplimiento. Desde una perspectiva política, numerosos Estados en desarrollo rechazaban un organismo que pudiera verse investido de algún tipo de facultad de supervisión al servicio de un neoimperialismo verde. Finalmente, los Estados eran sabedores de que la nueva organización tendría que disponer de su propio presupuesto, requiriendo contribuciones financieras nuevas y adicionales de sus miembros.

De ese modo, en el documento final de la Conferencia, *El futuro que queremos*, los Estados participantes articularon esas dos líneas de acción, el fortalecimiento del PNUMA y de la coordinación entre los órganos de los tratados, en los párrafos 88 y 89, respectivamente. En efecto, el párrafo 88 invitaba a la Asamblea General de las Naciones Unidas a que aprobara una resolución que fortaleciera y elevara el PNUMA, indicando los aspectos que deberían ser abordados<sup>66</sup>; por su parte, el párrafo 89, alentaba a las Partes en los acuerdos multilaterales

64 Véase MÖLLER, C., “Reforming ...”, *supra* nota 58, p. 2 (Recuperado de <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/usa/04458.pdf>). También puede verse ANDRESEN, S., “Key actors in UN environmental governance: influence, reform and leadership” *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 7:4 (2007), pp. 457-468.

En el informe final de la Conferencia, el asunto de la creación de una organización para el medio ambiente solo mereció un breve comentario: “Varios países apoyaron la propuesta de crear una organización de las Naciones Unidas para el medio ambiente, como medio de reforzar el marco institucional para el desarrollo sostenible”. Véase NACIONES UNIDAS, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río de Janeiro (Brasil) 20 a 22 de junio de 2012*, A/CONF.216/16, párr. 47, pág. 75.

65 Véase “La Río+20 discute tres opciones complementarias a la reforma del PNUMA”, *La Información*, 3 de abril de 2012, (Recuperado de [https://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/la-rio-20-discute-tres-opciones-complementarias-a-la-reforma-del-pnuma\\_HE744ECr4vbfMRbAnlbwF1/](https://www.lainformacion.com/asuntos-sociales/la-rio-20-discute-tres-opciones-complementarias-a-la-reforma-del-pnuma_HE744ECr4vbfMRbAnlbwF1/))

66 “A este respecto, invitamos a la Asamblea General a que apruebe, en su sexagésimo séptimo período de sesiones, una resolución que fortalezca y eleve el PNUMA de la siguiente manera: a) Estableciendo la composición universal del Consejo de Administración del PNUMA, así como otras medidas para reforzar su gestión y su capacidad de respuesta y rendición de cuentas a los Estados Miembros; b) Asignando al PNUMA recursos financieros seguros, estables y suficientes y más recursos financieros con cargo al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas y las contribuciones voluntarias para que pueda cumplir su mandato; c) Aumentando la influencia y la capacidad del PNUMA para que pueda cumplir su mandato de coordinación en el sistema de las Naciones Unidas al fortalecer su participación en los principales órganos de coordinación de las Naciones Unidas y darle los medios para dirigir los esfuerzos del sistema de las Naciones Unidas por formular estrategias relacionadas con el medio ambiente; d) Promoviendo un sólido nexo entre la ciencia y las políticas, utilizando instrumentos internacionales vigentes, evaluaciones, grupos y redes de información, incluidos los informes “Perspectivas del Medio Ambiente Mundial”, como uno de

sobre medio ambiente a tomar medidas para “promover la coherencia de las políticas en todos los niveles, mejorar la eficiencia, reducir las superposiciones y duplicaciones innecesarias y mejorar la coordinación y la cooperación entre los acuerdos ...”.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 21 de diciembre de 2012 la resolución A/RES/67/213, en virtud de la cual decidió fortalecer el PNUMA, en los términos de los párrafos 88 y 89 mencionados, establecer la composición universal del Consejo de Administración del PNUMA, abriéndolo a la participación de todos los miembros de las Naciones Unidas, prestar apoyo a la participación plena y efectiva de representantes de los países en desarrollo en la reunión de este Consejo y asignar al PNUMA más recursos financieros seguros, estables y suficientes. Además, en virtud de la resolución A/RES/67/251, aprobada el 13 de marzo de 2013, la Asamblea General decidió rebautizar el Consejo de Administración como Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del PNUMA, reflejando así la voluntad de iniciar una nueva fase en la gobernanza ambiental, más transparente y participativa. Esta transformación del Consejo de Administración constituyó la reforma institucional más importante que resultó de los debates descritos sobre estas cuestiones y ha implicado una “increased participation by national governments, multilateral bodies and stakeholders, thus enhancing UNEP’s visibility and legitimacy of decision-making, but arguably at the cost of increased politicization”<sup>67</sup>.

La Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, se ha erigido en el órgano decisorio de más alto nivel en la comunidad internacional en asuntos ambientales. Está integrada por 193 representantes y “[e]stablece la agenda medioambiental mundial, proporciona orientación política general y define respuestas políticas para hacer frente a los nuevos desafíos ambientales. Lleva a cabo la revisión de políticas, el diálogo y el intercambio de experiencias, establece la orientación estratégica sobre la futura dirección del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (...) y fomenta las asociaciones para alcanzar los objetivos ambientales y la movilización de recursos”<sup>68</sup>.

La reforma del PNUMA incluyó un incremento de su presupuesto y el fortalecimiento de su compromiso de coordinación de los organismos ambientales de la ONU, reforzando el pilar

---

los procesos establecidos para reunir información y evaluaciones y así apoyar la adopción de decisiones; e) Difundiendo y compartiendo información sobre el medio ambiente basada en pruebas y concienciando al público sobre las cuestiones fundamentales, así como sobre nuevas cuestiones ambientales; f) Fomentando la capacidad de los países y apoyando y facilitando el acceso a la tecnología; g) Consolidando gradualmente las funciones de la sede en Nairobi y fortaleciendo su presencia regional, a fin de ayudar a los países que lo soliciten a aplicar políticas ambientales nacionales, colaborando estrechamente con otras entidades competentes del sistema de las Naciones Unidas; h) Asegurando la participación activa de todos los interesados pertinentes al utilizar las mejores prácticas y los modelos de las instituciones multilaterales pertinentes y estudiar nuevos mecanismos para promover la transparencia y la participación efectiva de la sociedad civil”.

67 Véase URHO, N., *et al.*, *International Environmental Governance...*, *supra* nota 34, p. 11.

68 Véase las explicaciones sobre las funciones de la Asamblea en el portal en Internet del PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS, “Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente” (Recuperado de <https://www.unep.org/environmentassembly/es/node?%2F=>)

ambiental del desarrollo sostenible<sup>69</sup>. Por tanto, la reforma revitalizó el PNUMA y le dotó de una nueva legitimidad como autoridad ambiental de ámbito mundial. No obstante, la participación universal en la Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y su nuevo protagonismo han politizado el órgano supremo del PNUMA, que ha pasado de ser un órgano esencialmente técnico a un órgano principalmente político<sup>70</sup>. Estos cambios estructurales marcaron el inicio de la implementación de una serie de reformas profundas, puestas en marcha en el marco de las nuevas responsabilidades del PNUMA respecto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y, sobre todo, en el marco del proceso de reforma global del Sistema de las Naciones Unidas para el Desarrollo (SNUD), impulsado formalmente por la Asamblea General en virtud de la resolución A/RES/72/279, de 31 de mayo de 2018. Efectivamente, el Programa es el responsable del componente ambiental de los ODS, que impregna buena parte de las metas de dichos Objetivos. En ese sentido, el PNUMA es el encargado de 26 indicadores de los ODS, asumiendo relevantes funciones en materia de coordinación con organismos internacionales y nacionales que han requerido cambios internos de alcance variable en varios ámbitos.

En respuesta a esas nuevas responsabilidades del PNUMA en relación con los ODS y en el marco del mencionado proceso de reforma global del SNUD, el PNUMA puso en marcha una serie de reformas internas. La Oficina de Servicios de Supervisión Interna (OSSI), órgano de supervisión interna de la Secretaría General de las Naciones Unidas, emitió en 2019 un informe de evaluación del PNUMA en el que destacaba que persistían lagunas y varios esfuerzos de reforma habían adolecido de ineficacia en la gestión del cambio y de falta de claridad en las funciones y responsabilidades. Se destacaba que, a pesar de los logros del PNUMA, la eficacia de sus actividades se había visto obstaculizada, *inter alia*, por una estrategia descoordinada en todas las unidades organizativas y un modelo de financiación que limitaba cada vez más la flexibilidad de las actividades del Programa<sup>71</sup>.

En noviembre de 2021, la *Multilateral Organisation Performance Assessment Network (MOPAN)* publicó su tercer informe sobre la evaluación de la efectividad del PNUMA. En el informe se destaca que las reformas incidieron tanto en su capacidad de liderazgo como en sus acciones estratégicas y operativas, incluyendo cambios en la estructura organizativa en la sede del PNUMA y otros cambios internos. Estos cambios estaban orientados a mejorar la planificación estratégica y la eficiencia operativa del Programa y reforzar los resultados de sus diversas acciones, incluidas la generación de datos basados en evidencia y bases científicas, la orientación y el asesoramiento y la ejecución de proyectos. Aunque se reconoce que el PNUMA es una institución efectiva, se afirma que existe un desajuste o falta de correspondencia entre la ambiciosa agenda que asume el Programa y sus capacidades reales, sobre todo, por lo que respecta a la financiación y los recursos humanos. El informe subraya que se ha avanzado en varios frentes, como una mayor rendición de cuentas, la claridad de funciones y responsabilidades y la gestión del cambio, pero sigue habiendo problemas en otros ámbitos, como la

69 Véase BOYLE, A. & REDGWELL, C., *Birnie, Boyle & Redgwell's...*, *supra* nota 23, p. 69.

70 Véase URHO, N., *et al.*, *International Environmental Governance...*, *supra* nota 34, p. 25.

71 Véase ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Evaluation of the United Nations Environment Programme Report of the Office of Internal Oversight Services*, E/AC.51/2019/7, 22 March 2019, párr. 71.



gestión basada en resultados. Finalmente, se reconoce que la trayectoria positiva del Programa se ha concretado en varias áreas, como en la planificación estratégica, con la adopción de Estrategias a Medio Término<sup>72</sup> y los Planes de Trabajo y Presupuesto<sup>73</sup>, la iniciativa para revisar y actualizar los instrumentos políticos sobre movilización de recursos o a la aprobación de la Estrategia para la Vinculación con el Sector Privado<sup>74,75</sup>.

Paralelamente a las reformas descritas, los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20) de 2012 también impulsaron el reforzamiento de los procesos de coordinación de las actividades de los órganos de varios acuerdos medioambientales. Por ejemplo, tal y como se ha indicado anteriormente, en el año 2013 se culminó el proceso de unificación de las secretarías del Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional y el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. El proceso se había iniciado formalmente en el año 2011 con el nombramiento de un secretario ejecutivo para los tres convenios. La iniciativa implicó también el diseño de una estructura institucional que da cobertura a los tres acuerdos, respetando la autonomía jurídica de cada uno de ellos.

En ese contexto, en aplicación de la resolución 2/17 de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, el PNUMA puso en marcha en noviembre de 2017 el “Programa de tratados ambientales: lograr sinergias para la diversidad biológica”, elaborado en colaboración con varias secretarías de convenios en materia de biodiversidad y con el apoyo de la Unión Europea y del gobierno suizo. En el marco de este impulso, el secretario ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica estableció el Grupo Asesor Oficioso sobre Sinergias entre los Convenios Relacionados con la Diversidad Biológica en noviembre de 2017. Estas iniciativas fortalecen otras iniciativas anteriores como el Grupo de Enlace de los Convenios Relacionados con la Diversidad Biológica, creado en el 2004 e integrado por los jefes de las secretarías de ocho convenios relacionados con la biodiversidad. El Grupo se reúne periódicamente con

---

72 Véase UNITED NATIONS ENVIRONMENT ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *For people and planet: the United Nations Environment Programme strategy for 2022–2025 to tackle climate change, loss of nature and pollution*, UNEP/EA.5/3/Rev.1, 17 February 2021 (Recuperado de <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/35162/Doc3%20Reve1%20EnglishK2100501.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

73 Véase el documento *Por las personas y el planeta: Anexo I: Programa de trabajo y presupuesto del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente para el bienio 2022-2023*, disponible en [www] [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/38040/MTS\\_PoW2022\\_SP.pdf?sequence=8&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/38040/MTS_PoW2022_SP.pdf?sequence=8&isAllowed=y))

74 Véase MULTILATERAL ORGANISATION PERFORMANCE ASSESSMENT NETWORK (MOPAN), (2021), *MOPAN Assessment Report: UNEP, 2020 Assessment Cycle*, Paris, pp. 10-11. (Recuperado de <https://www.mopanonline.org/assessments/unep2020/index.htm>).

75 Sobre la Estrategia para la Vinculación con el Sector Privado puede consultarse el documento del Programa titulado *Estrategia para la vinculación con el sector privado Abordando desafíos ambientales mediante prácticas de negocios sostenibles*, disponible en [www] <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/32703/PSESP.pdf>

vistas a fortalecer las sinergias y el intercambio de información, la cooperación financiera y la armonización del sistema de presentación de informes nacionales<sup>76</sup>.

No cabe duda de que estas medidas de fortalecimiento del PNUMA y de las sinergias entre los acuerdos ambientales multilaterales han tenido un impacto positivo en la gobernanza internacional de los asuntos ambientales, pero no han sido suficientes para solventar las lagunas y deficiencias mencionadas de la estructura institucional del DIMA. Y así se reconoce en el informe del Secretario General titulado *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente*, A/73/419, de 30 de noviembre de 2018, cuyas conclusiones son plenamente válidas en la actualidad. En el informe se indica la existencia de “superposiciones y conflictos, incoherencia entre instituciones y políticas”<sup>77</sup>; y se reconoce que es necesaria una coordinación eficaz entre los órganos de los acuerdos ambientales y las instituciones competentes del sistema de las Naciones Unidas<sup>78</sup>. En el informe se afirma que “[l]a fragmentación institucional y la falta de coordinación son las dificultades más acuciantes en lo que respecta a la gobernanza ambiental a nivel internacional. Los arreglos institucionales anteriores y vigentes para la coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas (...) han demostrado poco alcance o eficacia”<sup>79</sup>. En definitiva, a pesar de las reformas puestas en marcha, los problemas institucionales en el DIMA persisten a día de hoy.

## VII. DEL PACTO MUNDIAL PARA EL MEDIO AMBIENTE AL PACTO DEL FUTURO

Las reformas descritas han abordado infructuosamente los problemas de la estructura internacional ambiental pero han ignorado los vacíos y las deficiencias de carácter normativo del DIMA, que han sido subrayados en este trabajo en varias ocasiones. Con vistas a impulsar la acción de la comunidad internacional para resolver dichas lagunas normativas, en junio de 2017, una red de cien juristas de reconocido prestigio procedentes de más de cuarenta Estados

76 El Grupo fue establecido en abril de 2004 en virtud de la [decisión VII/26 \(párrafos 1 y 2\)](#) de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) con referencia UNEP/CBD/COP/DEC/VII/26. Actualmente son ocho los integrantes del Grupo, a saber, Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Convención sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres, Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional, Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas. Los informes de las reuniones del Grupo de enlace están disponibles en el portal del CDB en [www] <https://www.cbd.int/blg>

77 Véase ASAMBLEA GENERAL, *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente...*, *supra* nota 5, párr. 80. El informe es un documento de extraordinaria importancia y un texto de referencia en las reflexiones en torno a los problemas del Derecho Internacional del Medio Ambiente. Es un informe crítico, claro y coherente, cuyos autores no dudan en subrayar las lagunas de todo tipo, enfrentando a los Estados miembros de Naciones Unidas a su falta de voluntad e iniciativas para subsanarlas.

78 *Ibid.*, párr. 81.

79 *Ibid.*

y con el apoyo de *Le Club des Juristes*, un *think tank* francés, lanzó una iniciativa para “un projet de traité qui vise à permettre l’émergence d’un cadre juridique mondial plus protecteur de notre planète, tout en comblant les lacunes du droit international de l’environnement actuel”<sup>80</sup>. El proyecto perseguía la codificación de los principios fundamentales del DIMA y la consagración del derecho al medio ambiente en un convenio internacional universal aplicable a todos los ámbitos de la conservación del medio ambiente. El tratado atemperaría la fragmentación del DIMA y dotaría de coherencia la aplicación de los convenios ambientales al contar con una serie de principios vinculantes que orientarían la aplicación sectorial de dichos convenios en sus respectivos ámbitos materiales<sup>81</sup>. El 24 de junio de 2017 el proyecto fue presentado al Presidente Macron, que lo expuso el 19 de septiembre ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. El 10 de mayo de 2018, en virtud de la resolución A/72/L.51, titulada *Hacia un pacto mundial para el medio ambiente*, la Asamblea General decidió establecer un grupo de trabajo especial de composición abierta para “considerar posibles opciones para abordar las posibles lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos conexos, según proceda, y, si lo estima necesario, el alcance, los parámetros y la viabilidad de un instrumento internacional, con miras a formular recomendaciones a la Asamblea (...) que podrían incluir la convocatoria de una conferencia intergubernamental para aprobar un instrumento internacional”<sup>82</sup>. Tras varias sesiones, el Grupo de trabajo especial<sup>83</sup> presentó sus conclusiones en mayo de 2019 imponiendo un giro importante respecto del proyecto original<sup>84</sup> ya que se renunció a la negociación de un tratado internacional en los términos que el proyecto de Pacto Mundial proponía<sup>85</sup>. Efectivamente, las dificultades jurídicas<sup>86</sup> y también políticas

80 Véase LE CLUB DES JURISTES, “Le Pacte Mondial pour l’environnement” (Recuperado de <https://www.leclubdesjuristes.com/pacte-mondial-pour-lenvironnement/>)

81 Véase LE CLUB DES JURISTES, “White Paper – Towards A Global Pact for the Environment”, 2017 (Recuperado de [https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ\\_Pacte-mondial-pour-lenvironnement\\_Livre-blanc\\_UK\\_web.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/CDJ_Pacte-mondial-pour-lenvironnement_Livre-blanc_UK_web.pdf))

82 En esta resolución también se solicitó al Secretario General que preparara “un informe técnico y de base empírica en el que se indiquen y evalúen posibles lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos conexos con miras a fortalecer su aplicación” que posteriormente sería aprobado como el documento, citado en la nota 5, *Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente*.

83 Los documentos del Grupo están disponibles en el portal del PNUMA, en [www] <https://www.unep.org/events/conference/towards-global-pact-environment>

84 Sobre el proyecto de Pacto y los trabajos y debates en las Naciones Unidas, puede verse el magnífico trabajo FAJARDO DEL CASTILLO, T., “Avances y retrocesos en la negociación del Pacto mundial por el medio ambiente”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 95, 4 de noviembre de 2019, pp. 1–44 (Recuperado de [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/10/2019\\_11\\_04\\_Fajardo\\_Pacto-Global-Medio-ambiente.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/10/2019_11_04_Fajardo_Pacto-Global-Medio-ambiente.pdf))

85 Sobre el proceso y sobre la tercera reunión del Grupo, véase *Earth Negotiations Bulletin. A Reporting Service for Environment and Development Negotiations*, Vol. 35 No. 3, Saturday, 25 May 2019 (Recuperado de <http://enb.iisd.org/unesp/globalpact/oweg3/>)

86 BODANSKY y ASSEL mencionan las críticas relativas a si “the potential benefits of legally binding principles are worth the cost in negotiating effort” y también “the risks that environmental principles would be watered down in the negotiating process or receive limited acceptance from states”. Véase BODANSKY, D. & ASSELT, H. van, *The Art and ...*, *supra* nota 4, p. 59.

para una codificación de los principios y la oposición de ciertos Estados<sup>87</sup>, tanto al contenido como a la idea de un tratado general, llevó al Grupo a optar<sup>88</sup> por recomendar a la Asamblea General la elaboración de una nueva declaración política en el año 2022, con motivo del 50° aniversario del PNUMA. La declaración estaría orientada a “reafirmar la función del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente como principal autoridad ambiental mundial (...); Redoblar los esfuerzos a todos los niveles para mejorar el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos existentes en virtud del derecho internacional del medio ambiente (...); Invitar a los órganos rectores y las secretarías de los acuerdos ambientales multilaterales a que fortalezcan la cooperación y la colaboración entre ellos en el ámbito de sus mandatos respectivos, así como entre ellos y el PNUMA (...); Alentar a los órganos rectores de los acuerdos ambientales multilaterales y los órganos científicos, técnicos y tecnológicos a que intercambien información y experiencias (...)”. La Asamblea General, en virtud de la resolución A/RES/73/333, hizo suyas las recomendaciones del Grupo, liquidando el Pacto Mundial. Este fiasco pone de manifiesto, una vez más, la falta de voluntad de los Estados miembros de las Naciones Unidas para resolver de forma firme y coherente las lagunas del DIMA y de su estructura institucional<sup>89</sup>.

En aplicación de esa misma resolución 73/333, la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente convocó en marzo de 2022 un período extraordinario de sesiones en conmemoración del 50° aniversario del establecimiento del PNUMA<sup>90</sup>. La sesión, *UNEP@50*, denominada en español *El PNUMA a los 50*, se celebró bajo el lema “Fortalecimiento del PNUMA para la implementación de la dimensión ambiental en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. La Declaración política aprobada por la Asamblea sobre el Medio Ambiente en esa sesión<sup>91</sup> incorpora las recomendaciones del Grupo, aceptadas por la Asamblea General. La nueva Declaración se suma a la larga lista de declaraciones y otros instrumentos sin valor jurídico vinculante que aportan muy poco a la solución de los problemas que socavan el DIMA

87 “The French proposal for a legally binding *Global Pact for the Environment* was intended to strengthen the coherence and provide authoritative definitions of the core principles of international environmental law. However, its one-size-fits-all approach encountered fierce opposition”. Véase RAJAMANI, L. & PEEL, J., “International Environmental Law...”, *supra* nota 2, p. 14.

88 Véase ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Grupo de Trabajo especial de composición abierta establecido en virtud de la resolución 72/277 de la Asamblea General, A/AC.289/6/Rev.1*, 13 de junio de 2019.

89 Como indica la profesora Fajardo, es una triste evidencia, “ (...) que los Estados en defensa de una soberanía formulada aún en términos cuasi absolutos siguen negándose (...) a todo ejercicio de desarrollo normativo que lleve a la adopción de un tratado general con un sistema institucional acorde a su misión de proteger el medio ambiente mundial ...”. Véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., “Avances y retrocesos en la negociación...”, *supra* nota 84, p. 38. Sobre el fracaso del Pacto, también JUSTE RUIZ, J., “The process towards a Global Pact for the Environment at the United Nations: From legal ambition to political dilution”, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 29, n.º 3, 2020, pp. 479-90.

90 Véase la sección *El PNUMA a los 50*, en el portal del PNUMA, en el enlace [www] <https://www.unep.org/es/events/unep-event/unep-50>

91 Véase ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, *Declaración política del período extraordinario de sesiones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente para conmemorar el 50° aniversario de la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente*, UNEP/EA.SS.1/4, 8 de marzo de 2022.

y la gobernanza ambiental. El documento constituye el sucedáneo devaluado e insustancial de un proyecto de Pacto Mundial ilusionante y bien conjugado<sup>92</sup>.

En virtud de la resolución A/RES/75/280, de 25 de mayo de 2021, la Asamblea General decidió convocar otra de tantas reuniones internacionales sobre el medio ambiente: la reunión internacional, titulada *Estocolmo+50: un planeta sano para la prosperidad de todos: nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad*, se celebró en Estocolmo los días 2 y 3 de junio de 2022, durante la semana del Día Mundial del Medio Ambiente. La reunión conmemoró el 50º aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 y sus documentos finales, como contribución a la dimensión ambiental del desarrollo sostenible. Se pretendía ingenuamente que la reunión avanzara en el cumplimiento de los compromisos en el marco de la Década de acción y resultados en favor del desarrollo sostenible. Afortunadamente, en la resolución de convocatoria citada, en su párrafo 5, se estipulaba que la reunión internacional tendría como documento final un resumen de las deliberaciones, evitándonos de ese modo otra declaración insulsa. El informe final de la reunión no contiene referencia alguna a las cuestiones institucionales de ámbito internacional, acatando así lo indicado en el párrafo 2 de la resolución 75/280 que rogaba evitar solapamientos y duplicaciones con la declaración aprobada con motivo del 50º aniversario del establecimiento del PNUMA<sup>93</sup>.

El afán “reunionista” en las Naciones Unidas continuará en breve con la denominada Cumbre del Futuro. En efecto, la resolución A/RES/76/307 de la Asamblea General, de 8 de septiembre de 2022, convocó la “Cumbre del Futuro: soluciones multilaterales para un mañana mejor” para septiembre del 2024<sup>94</sup>. Se espera que se apruebe un documento final “conciso y orientado” a la acción que se titulará “Un pacto para el futuro”, negociado previamente y acordado por consenso. El documento de referencia para los Estados miembros es el informe del Secretario General titulado *Nuestra Agenda Común*, de 5 de agosto de 2021, con referencia A/75/982. Este informe con tintes apocalípticos insiste en la idea de “forjar un nuevo consenso global sobre cómo debería ser nuestro futuro y qué podemos hacer hoy para que se convierta en realidad”. En relación con el ámbito institucional en asuntos ambientales el documento es sorprendentemente parco, aunque contiene algunas referencias a una mejor gobernanza multilateral de los bienes comunes globales y los bienes públicos globales (párrafo 12). Es particularmente interesante el párrafo 62 del informe, en el que se declara que para reforzar la gobernanza de nuestros bienes comunes globales y bienes públicos globales “no necesitaríamos crear nuevas instituciones, sino actuar con más determinación y encontrar nuevas formas de colaborar que sean adecuadas a los retos que enfrentamos y a la diversidad de instancias (públicas, cívicas y privadas) que tienen la capacidad de contribuir a encontrar soluciones”.

El borrador preliminar revisado del Pacto para el Futuro está estructurado en torno a cinco capítulos: el desarrollo sostenible y la financiación para el desarrollo; la paz y la seguridad

---

92 Como auguraba SANDS en 2018, “[t]here is no international legal text which sets out the principles and rules which are of general application, and it is unlikely that one will be adopted in the foreseeable future”. Véase SANDS, P. et al., *Principles...*, *supra* nota 3, p. 141.

93 Véase NACIONES UNIDAS, *Estocolmo+50: un planeta sano para la prosperidad de todos-nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad. Informe*, A/CONF.238/9, 1 de agosto de 2022, párr. 2.

94 El portal de la Cumbre está disponible en el enlace [www] <https://www.un.org/es/summit-of-the-future>

internacionales; la ciencia, la tecnología y la innovación y la cooperación digital; la juventud y las generaciones futuras; y la transformación de la gobernanza global<sup>95</sup>. En relación con el medio ambiente, en el párrafo 12, se reconoce la urgente necesidad de lograr un mundo en el que la Humanidad viva en armonía con la naturaleza y de conservar, restaurar y utilizar de forma sostenible los recursos naturales de nuestro planeta para mantener la salud y el bienestar de las generaciones presentes y futuras. Se insiste en la aplicación de los compromisos existentes acordados por los gobiernos y de los acuerdos multilaterales medioambientales. En ese sentido, en la acción 50 se acuerda reforzar los acuerdos de gobernanza internacional en materia de medio ambiente y explorar en la Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente el fortalecimiento de la gobernanza mundial del medio ambiente con el objetivo de acelerar la aplicación de los compromisos existentes. Como se ha indicado anteriormente, es tan solo un borrador revisado, de momento, poco prometedor.

## VIII. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA NUEVA OPORTUNIDAD

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 28 de julio de 2022 la resolución A/76/L.75, en virtud de la cual la Asamblea reconoce “el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano”, subrayando que este derecho está relacionado con otros derechos y el Derecho Internacional vigente<sup>96</sup>. A pesar de que las resoluciones de la Asamblea carecen de valor jurídico vinculante, este reconocimiento supone la consagración del derecho al medio ambiente como un derecho humano en el ámbito internacional y la vinculación permanente entre este derecho y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). El hecho de que la resolución fuera aprobada por 161 votos a favor, 8 abstenciones y ningún voto en contra refuerza ese reconocimiento pero, sobre todo, pone de manifiesto el consenso de los Estados miembros en torno a la naturaleza jurídica del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible en el Derecho Internacional y a su posición entre los derechos humanos.

La resolución A/76/L.75 no se limita a ese reconocimiento, sino que además incide en la importancia del cumplimiento del DIMA cuando afirma que “la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional” y exhorta “a los Estados, las organizaciones internacionales, las empresas y otros interesados pertinentes a que adopten políticas, aumenten la cooperación internacional, refuercen la creación de capacidad y sigan compartiendo buenas prácticas”. En ese sentido,

---

95 El borrador está disponible en el portal arriba referenciado.

96 Hay que recordar que el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente era uno de los elementos integrantes del proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente. La resolución de la Asamblea General pretende colmar las aspiraciones de numerosos Estados y de la sociedad internacional, en general, relativas al reconocimiento de ese derecho, que no se vieron satisfechas a causa del fracaso de las negociaciones sobre el Pacto. Es decir, en lugar de adoptar el Pacto, los Estados solo pudieron llegar a un acuerdo para aprobar esta resolución y la declaración política de la cumbre *El PNUMA a los 50*.

en palabras de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, “[...] no basta con afirmar nuestro derecho a un medio ambiente sano. La resolución de la Asamblea General es muy clara: los Estados deben cumplir sus compromisos internacionales e intensificar sus esfuerzos para hacerlo realidad”<sup>97</sup>. En definitiva, no basta el reconocimiento del derecho, hay que respetarlo y garantizarlo. Y ese respeto y garantía del derecho humano al medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la aplicación del DIMA. De ese modo, la resolución de la Asamblea General subraya los problemas de la aplicación del DIMA en la actualidad y el modo en el que afectan al disfrute pleno y efectivo del derecho humano al medio ambiente. Como se ha avanzado en el inicio de este trabajo, desde esa perspectiva, los problemas de aplicación del DIMA, más allá de una cuestión de respeto o cumplimiento de una serie de tratados u obligaciones internacionales, se convierten en una cuestión directamente vinculada con la protección de los derechos humanos. Esta conexión con el DIDH podría impulsar ciertas reformas institucionales y procedimentales del DIMA para asegurar efectivamente el derecho al medio ambiente ya que su diseño actual no asegura la protección de este derecho. Algunos de los mecanismos que podrían ser incluidos en la reforma ya están siendo aplicados en el DIDH y podrían servir de inspiración para ciertos cambios en el DIMA y en su arquitectura institucional<sup>98</sup>. Ciertamente, el DIDH y el DIMA son ramas diferenciadas del Derecho Internacional, cada una de ellas con sus propios rasgos, pero hay que recordar que el principio 1 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece que “[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. En otras palabras, el enfoque de derechos humanos está presente en el DIMA y debería orientar su aplicación y, desde luego, las reformas que se acometan.

Por otro lado, la resolución A/76/L.75 de la Asamblea General asocia definitivamente el derecho al medio ambiente limpio, saludable y sostenible con los derechos humanos, equiparándolo a otros derechos ya consagrados en el Derecho Internacional. Le confiere esta consideración de derecho humano en el marco de la acción de la comunidad internacional y, en particular, de la ONU. Este reconocimiento puede tener consecuencias jurídicas transformadoras. En efecto, vincular definitivamente el derecho al medio ambiente con el DIDH puede impulsar su incorporación al sistema internacional de protección de los derechos humanos a través de la enmienda de los tratados pertinentes o más probablemente a través de la acción de los tribu-

---

97 Véase NACIONES UNIDAS, “El acceso a un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano universal”, *Noticias ONU*, 28 de julio de 2022 (Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2022/07/1512242>)

98 En el ámbito de la conservación del medio ambiente, puede ser interesante citar el caso de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, conocida como la Convención de Aarhus, adoptada en 1998, que prevé la participación de los actores no estatales en el examen del cumplimiento de la convención mediante la presentación de comunicaciones individuales o colectivas relativas a la infracción del Convenio por una Parte Contratante. El Acuerdo Regional de Escazú sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe también ha reconocido esa posibilidad. Finalmente, en la Convención sobre la protección de los Alpes, en el mecanismo extraordinario de verificación se permite que una entidad, con el estatuto de observador en la Conferencia Alpina ponga en conocimiento del Comité de verificación una presunta infracción estatal de la Convención o de sus protocolos

nales internacionales y de los órganos de los tratados de derechos humanos. De este modo, el derecho al medio ambiente puede llegar a beneficiarse de la posición preeminente del DIDH y de su acervo, de la jurisprudencia, de sus principios, de las construcciones doctrinales y también de los mecanismos de garantía, incluyendo el acceso a los órganos de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas pertinentes<sup>99</sup>.

Desgraciadamente, en el borrador revisado del Pacto para el Futuro texto no hay menciones explícitas al derecho humano al medio ambiente; solo es posible encontrar algunas alusiones excesivamente genéricas y claramente insuficientes a la relación entre los derechos humanos, el medio ambiente o el desarrollo sostenible<sup>100</sup>. En cualquier caso, las numerosas referencias del borrador a la protección de “todos los derechos humanos” deben ser entendidas como hechas también al derecho al medio ambiente.

## IX. CONCLUSIONES

El continuo deterioro del medio ambiente y la convicción de que la comunidad internacional debe hacer frente a la crisis ambiental de un modo coordinado y racional ha conducido al reconocimiento desde hace ya varias décadas de que es necesario reforzar tanto la estructura internacional institucional que se ocupa de los temas ambientales como las bases del DIMA, en particular, sus principios fundamentales.

El marco institucional de las Naciones Unidas vinculado al medio ambiente es un marco fragmentario, carente de coherencia e infradotado. De un lado, la multiplicación de los organismos internacionales y las conferencias, la proliferación de los acuerdos internacionales y otros instrumentos de *soft law* y de las reuniones para su negociación y aplicación, y la dispersión geográfica de las sedes de los arreglos institucionales y de los lugares de celebración de las reuniones de los organismos internacionales exigen un duro esfuerzo a los Estados en

---

99 Fuera del sistema de las Naciones Unidas, en esta línea de acción ha sido pionero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En los últimos años numerosas personas y colectivos han recurrido con éxito al Tribunal para buscar amparo frente a diferentes tipos de degradación ambiental en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y ello a pesar de que este no consagra ningún derecho a un medio ambiente saludable como tal. No obstante, el Tribunal entiende que el ejercicio de ciertos derechos consagrados en el Convenio puede verse menoscabado por la existencia de daños al medio ambiente o la exposición a riesgos medioambientales. El Tribunal ha resuelto alrededor de trescientos asuntos relacionados con la conservación del medio ambiente, aplicando la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes, protegiendo la libertad de expresión, el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad, entre otros. Además, recientemente, el Tribunal ha emitido varios pronunciamientos en asuntos promovidos por activistas en su lucha contra el cambio climático. Sobre esta jurisprudencia existe una nutrida literatura de variada índole y calidad, pero para tener una visión general de la obra del Tribunal en este ámbito son particularmente útiles las siguientes notas de prensa del Tribunal, ambas actualizadas en abril de 2024 y disponibles en su portal: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Environment and the European Convention on Human Rights. Factsheet*, April 2024 (Recuperado de [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Environment\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Environment_ENG)) y EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Climate change. Factsheet*, April 2024 (Recuperado de [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Climate\\_change\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Climate_change_ENG)).

100 Por ejemplo, en el párrafo 52, se vincula la protección de los derechos humanos con la lucha contra la degradación ambiental.



desarrollo, dificultando su participación en dichos procesos multilaterales. Por otro lado, la falta de coordinación, la duplicación de esfuerzos y, en ese sentido, la dilapidación de fondos, implican una pérdida de oportunidades para mejorar la aplicación conjunta de los acuerdos y la acción coherente de las instancias internacionales. Finalmente, la falta de capacidades del PNUMA para cumplir con el mandato que se le ha asignado es un problema que ha sido puesto de manifiesto y solo parcialmente abordado.

La Organización de las Naciones Unidas ha adoptado diferentes iniciativas para abordar estas cuestiones, ha impulsado varios procesos de reflexión y de consultas sobre las reformas que deben auspiciarse en la materia, ha puesto en marcha varias medidas para mejorar la coordinación entre organismos ambientales, ha aprobado ciertas reformas del modelo institucional y muy recientemente ha reconocido el derecho humano al medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Estas acciones son a todas luces insuficientes. Las reformas descritas han tenido un impacto positivo en términos generales pero los actuales mecanismos siguen siendo insatisfactorios y es perentorio, por tanto, incorporar un nuevo modelo de reglamentación y gobernanza ambiental en el plano internacional, que incluya cambios institucionales sustanciales. Este modelo debe estar basado en la noción compleja de desarrollo sostenible, en los principios fundamentales del DIMA y sobre todo en el reconocimiento del derecho al medio ambiente como un derecho humano. Debe estar cimentado en un enfoque global que incluya la toma en consideración de las presiones demográficas, la lucha contra la pobreza, las pautas de consumo, y una financiación estable, predecible y suficiente como requisito previo para un mejoramiento efectivo.

La propuesta de la transformación del PNUMA en la Organización de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, un nuevo organismo especializado de las Naciones Unidas con un mandato amplio, una autoridad incuestionable y una financiación previsible y adecuada ha sido definitivamente abandonada. Aunque numerosos Estados y la propia Unión Europea respaldaban esta opción, los obstáculos para hacer realidad esta metamorfosis jurídica son numerosos y difíciles y existe una oposición permanente y firme de ciertos Estados a la misma.

El decepcionante fracaso del Pacto Mundial para el Medio Ambiente ha confirmado una vez más que los Estados no están dispuestos a reformar la estructura institucional de la gobernanza ambiental y tampoco a perfeccionar el DIMA, mediante la clarificación de sus principios fundamentales y consagrando estos y el derecho al medio ambiente en un convenio internacional. Los Estados han mostrado en numerosas ocasiones su incapacidad para alcanzar un acuerdo y que solo están dispuestos a recurrir a los mecanismos más tradicionales de coordinación institucional y de mejoramiento de la eficacia y eficiencia del DIMA. Claramente, estos mecanismos son los más inadecuados en estos momentos porque los retos y los problemas que la Humanidad debe afrontar en los próximos años son descomunales y sólo unas instituciones sólidas y un DIMA efectivo y eficiente podrá guiar los pasos de la comunidad internacional en el camino del desarrollo sostenible.

La Cumbre del Futuro es una de las últimas oportunidades para que los Estados adopten medidas con vistas a progresar y construir un sistema internacional que esté al servicio de las personas y el planeta. Y ese propósito exige una reforma vigorosa de determinados aspectos del DIMA, en particular de su arquitectura institucional. Además, como ya se ha indicado

previamente, esos cambios deben incluir los elementos idóneos para la aplicación plena y efectiva del DIMA desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos ya que la consecución del derecho humano al medio ambiente y, en definitiva, la de todos los derechos humanos, requiere de un sistema institucional eficaz. Las decisiones que se aprueben en la Cumbre deberían impulsar esas reformas.

Por otro lado, tal y como declara el Secretario General en su informe *Nuestra Agenda Común*, “[e]l derecho a un medio ambiente sano también merece una discusión más a fondo”. Esta discusión profunda debería pivotar sobre la incorporación del derecho al medio ambiente limpio, saludable y sostenible al sistema internacional de protección de los derechos humanos. El borrador del Pacto para el Futuro refleja que esos debates profundos no están teniendo lugar. A la vista del borrador, todo parece indicar que la comunidad internacional malgastará nuevamente otra oportunidad para la adopción de un nuevo compromiso global y de nuevas medidas para asegurar el futuro de la Humanidad y del planeta. En definitiva, en palabras del Secretario General, recogidas en *Nuestra Agenda Común*: “la oportunidad de decidir no se presentará de nuevo (...). Las decisiones que tomemos ahora inclinarán la balanza hacia un escenario de avance global o hacia un escenario de retroceso. Y, al fin y a la postre, solo los Estados Miembros pueden tomar esas decisiones”.

# “SANCIONES” ECONÓMICAS UNILATERALES EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL: ¿VALE TODO O LÍMITES NECESARIOS A LOS ATAVISISMOS REPRESIVOS DE UNA SOCIEDAD INTERNACIONAL PRECOMUNITARIA?

## *UNILATERAL ECONOMIC “SANCTIONS” IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER: ANYTHING GOES OR NECESSARY LIMITS TO THE REPRESSIVE ATAVISMS OF A PRE-COMMUNITY INTERNATIONAL SOCIETY?*

HAROLD BERTOT TRIANA\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. ¿FLANQUEADO EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN POR UNA PRÁCTICA ESTATAL UNILATERAL EXTENDIDA? III. ¿HAY VIDA MÁS ALLÁ DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS? ¿UNA EVENTUAL NORMA DE DERECHO CONSUECUDINARIO EN CONTRA DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS UNILATERALES? IV. ¿SANCIONES “INDISCRIMINADAS” CONTRA LA POBLACIÓN GENERAL DE UN ESTADO? ¿ALGÚN LÍMITE? V. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** El artículo analiza las “sanciones” económicas unilaterales en los marcos del principio de no intervención y en relación con posibles límites en el derecho internacional de los derechos humanos. En conexión con este debate argumenta si la práctica estatal con estas acciones unilaterales plantea alguna contradicción con las funciones atribuidas al Consejo de seguridad de las Naciones Unidas en el proceso de comunitarización de la sociedad internacional tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. Se analiza también el impacto de una posición mayoritaria de Estados en los marcos de las Naciones Unidas sobre las “sanciones” económicas en la consolidación de normas de derecho internacional consuetudinario, o en su eventual nacimiento. Finalmente se abordan los posibles límites en el derecho internacional de los derechos humanos a estas prácticas unilaterales cuando tienen un alcance general e indiscriminado en la población de un Estado.

**ABSTRACT:** *The article analyzes unilateral economic “sanctions” within the framework of the principle of non-intervention and in relation to possible limits in international human rights law. In connection with this debate, it argues whether the state practice with these unilateral actions poses any contradiction with the functions attributed to the United Nations Security Council in the process of communitarization of international society after the end of the Second World War. The impact of a majority position of States in the United Nations frameworks on economic “sanctions” on the consolidation of norms of customary international law, or on their eventual birth, is also analyzed. Finally, the possible limits in international human rights law to these unilateral practices are addressed when they have a general and indiscriminate reach among the population of a State.*

**PALABRAS CLAVE:** “sanciones” económicas unilaterales, comunitarización de la sociedad internacional, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional consuetudinario.

---

Fecha de recepción del trabajo: 1 de febrero de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 24 de abril de 2024.

\* Profesor de Derecho Internacional Público (Acreditado Contratado Doctor) de la Universidad Internacional de la Empresa (UNIE) (Madrid). Email: [harold.bertot@universidadunie.com](mailto:harold.bertot@universidadunie.com)

**KEYWORDS:** *unilateral economic “sanctions”, communitarization of international society, United Nations Security Council, international human rights law, customary international law.*

## I. INTRODUCCIÓN

Controversias a granel para el Derecho internacional, si se quiere, son las denominadas “medidas coercitivas unilaterales”, y dentro de estas las llamadas “sanciones (medidas) económicas unilaterales” (aquí incluimos también las de carácter financiero y comercial)<sup>1</sup>, que son adoptadas y aplicadas entre Estados u organizaciones internacionales contra Estados terceros. ¿Son compatibles con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y con el Derecho internacional? ¿Tienen cobertura legal al igual de las que adopta o autoriza el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas conforme a la propia la Carta?<sup>2</sup> ¿Es congruente con una sociedad internacional en busca de institucionalizar en una organización internacional de carácter universal la aplicación de medidas *represivas* a nombre de una “comunidad internacional”?

Dos bloques fundamentales se pueden identificar en las respuestas a estas preguntas, como más adelante profundizaremos. Aspectos polémicos se imbrican en álgidas controversias de larga discusión<sup>3</sup>, que no escapa a las visiones entre el denominado Primer Mundo y el Tercer Mundo.<sup>4</sup> En la retórica, Estados como China y Rusia, con una práctica contradictoria, han asumido una suerte de liderazgo en la cruzada internacional de los Estados del *Sur Global* contra estas prácticas. En el marco del *Movimiento de Países No Alineados*<sup>5</sup> o del *Grupo de los 77*

1 Así como aquellas que tiene un potencial impacto negativo en la economía de un Estado, como las denominadas “sanciones cibernéticas” o “prohibiciones de viajes”, entre otras. *Vid.*, *Medidas coercitivas unilaterales: noción, tipos y calificación Informe de la Relatora Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos*, Alena Douhan, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/48/59, 8 de julio de 2021, párrs. 40-48. En este orden, se ha expuesto una clasificación que distingue también, dentro de las “sanciones económicas”, las llamadas “sanciones sectoriales” que “se aplican de manera no selectiva a personas y organizaciones de un ámbito particular de la economía sin que aparentemente haya razón o vulneración alguna que difiera sustancialmente de las que han motivado las sanciones selectivas tradicionales” (Ibíd., párr.31); las “sanciones selectivas” “que afectan a personas o empresas incluidas en una lista” (Ibíd., párr.35); o las “sanciones secundarias”, que serían “medidas adoptadas extraterritorialmente contra terceros Estados o nacionales o entidades de un tercer Estado por su comercio, cooperación o asociación con los afectados por las sanciones primarias o con los que ayudan a eludir los efectos de estas sanciones”, y en cual también se incluyen “los castigos civiles y penales impuestos por los países contra sus propios nacionales”. (Ibíd., párr. 53).

2 *Vid.*, entre otros, artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas.

3 *Vid.*, por ejemplo: PELLET, A.; MIRON, A., “Sanctions”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, vol. IX, pp. 1-15; ASADA, M. (ed.), *Economic Sanctions in International Law and Practice*, Routledge, Taylor & Francis Group, London, New York, 2020; MAROSS, A. Z. y BASSETT, M. R. (eds.), *Economic Sanctions under International Law Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy, and Consequences*, Asser Press, Springer, 2015.

4 *Vid.*, por ejemplo, recientemente a: SUBEDI, S. P., “The Status of Unilateral Sanctions in International Law”, en SUBEDI, S. P. (ed.), *Unilateral Sanctions in International Law*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sidney: Hart Publishing, 2021, pp.19-60.

5 Documento Final de la 16ª Conferencia Ministerial y Reunión Conmemorativa del Movimiento de Países No Alineados, celebrada en Bali (Indonesia) del 23 al 27 de mayo de 2011. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/404/83/PDF/N1140483.pdf?OpenElement>. También el

(y China), la crítica se extiende también a las nefastas consecuencias que traen aparejadas las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad.<sup>6</sup>

Desde hace algún tiempo este tipo de medidas dejaron de tener exclusivamente como victimarios y víctimas a los Estados más poderosos contra los débiles. La cruzada “sancionatoria” entre poderosos como Estados Unidos, China, Rusia y la Unión Europea –sin mencionar a otros– es hoy una cotidianidad presentada con total normalidad. De ahí que normativas para blindarse empiecen a ganar cuerpo<sup>7</sup> como un modo mitigar los efectos de una realidad cada vez más desconcertante y en la que el Derecho internacional se ha visto acosado por muchos flancos.

Las esferas de posibles impactos de estas medidas unilaterales de coerción económica en el orden jurídico internacional son varias<sup>8</sup>: en el cumplimiento de disposiciones convencionales relativas al comercio, la cooperación, etc.; en restricciones en materia de libertad de navegación y de comercio internacionales; en afectaciones descarnadas a la soberanía de otros Estados cuando se trata de medidas con efectos extraterritoriales; en la infracción de acuerdos o compromisos contraídos al cobijo de la Organización Mundial del Comercio, cuya práctica ha provocado un enorme activismo de su mecanismo de solución de diferencias; entre otros. Por si fuera poco, recientemente se incorpora el debate si pueden llegar a ser hechos constitutivos de *crímenes de lesa humanidad*.<sup>9</sup>

---

Documento Final de la 18ª Cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países No Alineados, celebrada en Bakú (República de Azerbaiyán) los días 25 y 26 de octubre de 2019. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/369/14/PDF/N1936914.pdf?OpenElement>; “Political Declaration of New York”, Chair of the Coordinating Bureau of the Non-Aligned Movement, 20 de septiembre de 2017. Disponible en: [https://un.mfa.gov.by/docs/joint\\_statement\\_of\\_the\\_non\\_aligned\\_movement.pdf](https://un.mfa.gov.by/docs/joint_statement_of_the_non_aligned_movement.pdf)

6 Documento Final, XVI Conferencia Ministerial y la Reunión Conmemorativa del Movimiento de Países No Alineados Bali – Indonesia 23 – 27 mayo 2011, párr. 82.5. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/404/83/PDF/N1140483.pdf?OpenElement>.

7 Ver por ejemplo el reciente *Reglamento (UE) 2023/2675 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de la Unión y de sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países* de 22 de noviembre de 2023. China regula expresamente “contramedidas” contra personas u organizaciones que participen en “medidas restrictivas discriminatorias” contra los ciudadanos chinos o “interfieran” en los asuntos internos de China, para lo cual prevé un conjunto de sanciones al amparo de la *Ley de la República Popular China para contrarrestar las sanciones extranjeras* de 2021. Entre las “contramedidas” se encuentra: “(1) Not issuing visas, denying entry, canceling visas, or deportation; (2) Sealing, seizing, or freezing movable property, real estate, and all other types of property within the [mainland] territory of our country; (3) Prohibiting or restricting relevant transactions, cooperation, and other activities with organizations and individuals within the [mainland] territory of our country; (4) Other necessary measures.” “Law of the People’s Republic of China on Countering Foreign Sanctions”, June 10, 2021. Disponible en: <https://www.chinalawtranslate.com/en/counteringforeignsanctions/>

8 En este sentido, puede verse un interesante trabajo de la década del 70: BOWETT, D. W., “Economic Coercion and Reprisals by States”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 13, núm. 1, 1972, pp. 1-12.

9 *Annex II to the Prosecution’s Provision of the Supporting Document of the Referral Submitted by the Government of Venezuela, Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela II*, ICC-01/20-4-AnxII, párrs. 70 y ss. Puede consultarse: AKANDE, D.; AKHAVAN, P.; BJORGE, E., “Economic Sanctions, International Law, and Crimes Against Humanity: Venezuela’s ICC Referral”, *American Journal of International Law*, vol. 115, núm. 3, 2021, pp. 493-512. Ver también a: DÍAZ GALÁN, E., “Venezuela ante la Corte Penal

En este trabajo se reflexionará sobre necesarios límites a estas prácticas represivas o sancionatorias. Se centrará la mirada en el impacto de estas medidas en el principio de no intervención en el Derecho internacional, así como su estado con respecto a posibles restricciones en el derecho internacional de los derechos humanos. Es un análisis a sabiendas de las diversas apreciaciones de *lege data* sobre la ausencia de violación del derecho internacional con la imposición de medidas económicas unilaterales contra un Estado en determinados contextos y en cumplimiento de determinados requisitos. El ordenamiento jurídico internacional permite adoptar en las relaciones bilaterales de los Estados, o de organizaciones internacionales contra Estados terceros, medidas económicas que pueden encontrar justificación en forma de *contra-medidas*, *retorsiones*, etc.<sup>10</sup>, o en el marco de las obligaciones internacionales propias de estas organizaciones internacionales.

De modo que si estas medidas pudieran entenderse en el campo de las *retorsiones* o las *con-tramedidas*, el problema estaría en constatar que precisamente cumplen con los requerimientos para ser tal,<sup>11</sup> y cuál puede ser el límite en su aplicación con respecto al estado actual de derecho internacional de los derechos humanos, siguiendo el límite sostenido por la CDI en el *Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*.<sup>12</sup> La cuestión realmente conflictiva de encajar en los marcos de la “legalidad internacional” serían aquellas medidas económicas unilaterales, que sin ser lo uno ni lo otro, y sin adoptarse o aplicarse al amparo de decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU, campean por su respeto en el orden jurídico internacional.

Son frecuentes opiniones doctrinales que extienden los límites legales de estas prácticas, nocivas y de enormes perjuicios para la población de Estados frágiles económicamente (entiéndase Estados del *Tercer Mundo*, del *Sur Global*, o en *vías de desarrollo*, etc.), y tratan de vender la idea de la imposibilidad de encontrar contención de modo satisfactorio en los marcos de normas y principios como el de no intervención. Existen casos de difícil evasión (como el conocido “bloqueo” a Cuba<sup>13</sup>), pero aun ante estas situaciones la prohibición de no intervenir se ha debilitado hasta el extremo de ser franqueado por una práctica cada vez más recurrente de los Estados, que se replica y justifica en la doctrina, y que se impone hegemónicamente en la

---

Internacional (CPI): algunas cuestiones sobre el crimen de lesa humanidad”, *Revista de Derecho YACHAQ*, núm. 14, 2022, pp.165-184.

- 10 Existe una amplia bibliografía sobre este tema. *Vid.*, Cfr. HAPPOLD, M., “Economic Sanctions and International Law: An Introduction”, en MATTHEW, H. y EDEN, Paul, E. (eds.), *Economic Sanctions and International Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2016, pp.2-3; LOWE, V. y TZANAKOPOULOS, A., “Economic Warfare”, en WOLFRUM, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012; RUYS, Tom, “Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework”, en DEN HERIK, L. (ed.), *Research Handbook on UN sanctions and international law*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp.19-51; MIRON, A., “Countermeasures and Sanctions”, *Courses of the Summer School on Public International Law*, t. X, vol. X, Moscú, 2022, pp.10-79.
- 11 *Vid.*, Artículos del 49 al 51 del “Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, Vol. II, 2da parte.
- 12 *Ibid.*, artículo 50, b).
- 13 *Vid.*, entre otras disposiciones jurídicas que conforman este “bloqueo”: Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996.

construcción de consensos internacionales. Las líneas que siguen intentan cuestionar el estado del derecho internacional en esta materia, aunque por razones de espacio se limita a su análisis en los marcos del mencionado principio de no intervención y en su relación con los derechos humanos. En igual sentido intentará brindar respuestas a la pregunta sobre la existencia o no de una eventual norma de derecho internacional consuetudinario contra estas prácticas sancionatorias.

## **II. ¿FLANQUEADO EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN POR UNA PRÁCTICA ESTATAL UNILATERAL EXTENDIDA?**

Las discusiones sobre la licitud o no de las “sanciones” o medidas unilaterales de carácter económico, enfrentan de inicio su encaje en las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. Desde los trabajos preparatorios, sobre todo por las posiciones de Estados del antiguo campo socialista u otros del tercer mundo, se intentó arrimar la coerción económica a su prohibición por el artículo 2 (4), al incluirla como una forma de “uso de la fuerza”. Este criterio no se impuso –sostenido fundamentalmente por los Estados occidentales– y se limitó a entender su alcance al aspecto militar.<sup>14</sup> Esto explica que la discusión por lo general se traslade a una interpretación de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de octubre de 1970, expresiva en su momento del consenso de la comunidad internacional sobre ciertos principios que debían ser “básicos” o “constitucionales” para la convivencia de los Estados.

Se puede coincidir que la formulación recogida en el preámbulo de esta declaración, que aludió al “deber de los Estados de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de ejercer coerción militar, política, económica o de cualquier otra índole contra la independencia política o la integridad territorial de cualquier Estado”, tiene reservado ese lugar –en el preámbulo– por no haber concitado el consenso de los Estados para la inclusión de la “coerción económica” como un supuesto de “fuerza” relativo al principio de “prohibición del uso de la fuerza”.<sup>15</sup> Esto coloca la conveniencia de analizar estas medidas de coerción económica de conformidad con el tercer principio, cuando establece en los marcos del “principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados” que: “Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra

---

14 *Vid.*, por ejemplo: GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J., *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público*, 2a ed., Editorial Trotta, 2008, pp.69-72; CORTEN, O., “The Prohibition of the Use of Force”, en VIÑUALES, J.E. (ed.), *The UN Friendly Relations Declaration at 50 An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, Cambridge University Press, 2020, pp. 51-71, p.54; SHAW, M. N., *International Law*, 9a ed., Cambridge University Press, 2021, p.1008.

15 *Vid.*, por ejemplo: BOWETT, D. W., “International Law and Economic Coercion”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 16, núm. 2, 1976, pp. 245-260; ROSENSTOCK, R., “The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations: A Survey”, *The American Journal of International Law*, vol. 65, núm. 5, 1971, pp. 713-735, pp.724-725.

índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden”.<sup>16</sup>

En los contornos resaltados en su momento por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el punto problemático en esta cuestión descansa en la determinación de cuándo existe “coerción”<sup>17</sup>, y en consecuencia cuándo un acto de simple “interferencia” se convierte en una “intervención” para el derecho internacional.<sup>18</sup> Este es un tema realmente espinoso y con difíciles lecturas en la doctrina. No considerar en muchas ocasiones este tipo de medidas como posiciones que traspasan el umbral de la simple “interferencia” para entrar con todos los honores en manifestaciones de “intervenciones” abiertas, es una cuestión de fe en la que se embarcan no pocos autores. Es necesario buscar un equilibrio ante tendencias que elevan el estándar de “intervención” hasta vaciar prácticamente de contenido este principio prohibitivo y enflaquecer sus límites hasta contornos insospechados. En ocasiones pareciera en varios autores que la constatación de una “intervención” en derecho internacional debe someterse a un camino duro, intransitable, como si se hubiera forjando en acero una presunción *iuris tantum*.

El enorme impacto que pueden tener estas “sanciones” para un Estado, catastróficas no pocas veces, lastradas de declaraciones o normativas dirigidas precisamente a “provocar cambios de gobiernos o regímenes”, por más que coyunturalmente se enmascaren de “preocupaciones” por derechos humanos” o por la “democracia” de un Estado, no parecen en verdad que puedan discutirse de modo lógico o racional. En estos contornos, el debate para los que achican el

---

16 Previamente la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su artículo 20 se había establecido: “Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza”. Ver también la Resolución 3171 (XXVIII) de 17 de diciembre de 1973, titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales” y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados que establece en su artículo 32: “Ningún Estado podrá emplear medidas económicas, políticas o de ninguna otra índole, ni fomentar el empleo de tales medidas, con objeto de coaccionar a otro Estado para obtener de él la subordinación del ejercicio de sus derechos soberanos.” Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU, 12 de diciembre de 1974.

17 La sentencia de fondo de la Corte Internacional de Justicia en el conocido asunto *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) de 1986*, fue determinante para fijar los contornos de este principio en el derecho internacional consuetudinario: “A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. The element of coercion, which defines, and indeed forms the very essence of, prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action, or in the indirect form of support for subversive or terrorist armed activities within another State.” *Militar and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, párr.205. “As a threshold matter, it is unclear whether economic interference constitutes a form of ‘coercion’ within the meaning of the nonintervention norm.” CLEVELAND, S. H., “Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions”, *The Yale Journal of International Law*, vol. 26, núm. 1, p.53. “La prueba del *animus* de coerción puede ser diabólica”, expresaría BROTONS, R., *et al.*, *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.103.

18 Cfr. TZANAKOPOULOS, A., “The Right to be Free from Economic Coercion”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol 4, núm. 3, 2015, pp.616-633.



campo de aplicación del principio de no intervención se desliza con mayor ventaja a informar o determinar los criterios sobre su licitud o no con base en la práctica de los Estados. Y es entonces cuando la permisón de comportamientos de “coerción” económica, a partir de una práctica estatal extendida, inclina la balanza para considerar su conformidad con el ordenamiento jurídico internacional, al apelar, *inter alia*, a la ausencia de una obligación de mantener relaciones económicas con otros Estados y a la existencia de un derecho consuetudinario que permite estas prácticas coercitivas (y en consecuencia a la no existencia de normas consuetudinarias que lo impidan).<sup>19</sup>

Aun cuando se insiste en los límites de no contravenir obligaciones convencionales específicas o el principio de no intervención, un sector de la doctrina internacionalista defiende la libertad para imponer medidas económicas unilaterales, que pueden incluso ser “embargos económicos”<sup>20</sup>. El *dictum* de la CIJ en el asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* de 1986 suele ser una cobertura para apoyar estas posiciones:

“A State is not bound to continue particular trade relations longer than it sees fit to do so, in the absence of a treaty commitment or other specific legal obligation; but where there exists such a commitment, of the kind implied in a treaty of friendship and commerce, such an abrupt act of termination of commercial intercourse as the general trade embargo of 1 May 1985 will normally constitute a violation of the obligation not to defeat the object and purpose of the treaty.”<sup>21</sup>

Esta consideración, sin embargo, sobre la no existencia de una obligación de continuar relaciones comerciales si no existe compromiso u obligación jurídica al respecto, sobre el que varios autores se aferran hasta con los dientes para no avalar una intervención ante actos de coerción económica, requiere matizaciones. Es cierto que la CIJ despachó con demasiada ligereza el enjuiciamiento de medidas económicas que Nicaragua alegaba contra ella como contraria al principio de no intervención (*embargo económico, reducción de la importación de productos o cesación de ayuda económica*), cuando sostuvo que “the Court has merely to say that it is unable to regard such action on the economic plane as is here complained of as a breach of the customary-law principle of non-intervention.”<sup>22</sup> Pero sería un grave error derivar de esta

---

19 Quien es hoy jueza de la CIJ, Sarah Cleveland, consideró en su momento: “Customary international law traditionally has allowed states to use economic coercion for a wide range of purposes, and the relatively frequent use of economic sanctions by the United States and other developed nations since World War II makes it difficult to conclude that a customary international norm exists against the practice.” CLEVELAND, S. H., “Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions”, *cit.* p.53.

20 Vaughan Lowe y Antonios Tzanakopoulos expusieron: “Accordingly, in the absence of specific legal obligations to engage in trade with another State, a general trade embargo may be a lawful measure. The situation would be similar with respect to the reduction or withdrawal of voluntarily-provided economic aid. Such measures would constitute then acts of retorsion, namely acts that are unfriendly but lawful. They could also fall within the category of measures of economic warfare, broadly understood.” LOWE, V.; TZANAKOPOULOS, A., “Economic Warfare”, *cit.*

21 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, párr. 276.

22 La CIJ sostuvo que: “At this point, the Court has merely to say that it is unable to regard such action on the economic plane as is here complained of as a breach of the customary-law principle of non-intervention.”

sentencia un supuesto aval a la legalidad de estas medidas con absoluta rigidez y como verdad revelada *in saecula saeculorum*.<sup>23</sup> Aun cuando se pueda coincidir que el derecho internacional consuetudinario vigente no excluye en la mayoría de los casos la licitud de medidas unilaterales de carácter económico, esto no implica borrar de la ecuación el duro escrutinio de su conformidad o no con el principio de no intervención<sup>24</sup>, aunque ello suponga ubicar otra vez el debate en el plano de la existencia o no de “coerción” económica para avalar la conclusión.

El paso correcto sería entonces evaluar en cada caso factores que pueden hacer, por ejemplo, de un “embargo total”, una medida contraria a la prohibición de la no intervención. Para ello sería necesario entonces constatar la existencia de una coerción, que puede advertirse por la *intensidad* de las medidas, los daños provocados, la duración en el tiempo, etc.<sup>25</sup>; así como revelar el fin que se persiga, que sería el espurio “fin de lograr que se subordine el ejercicio de sus derechos soberanos”.

---

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, párr.245.

- 23 En este punto el juez Robinson sostuvo en su *voto separado, parcialmente concurrente y parcialmente disidente*, a la sentencia de 30 de marzo de 2023 en el asunto *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* lo siguiente: “An interesting question is whether, in light of the developments that have taken place since the 1986 Military and Paramilitary Activities Judgment, the Court would today respond in the way that it did in that case to a State’s claim that unilaterally imposed sanctions are in breach of the principle of non-intervention. There is no question about the customary character of the principle of non-intervention; this is acknowledged by the Court itself in *Military and Paramilitary Activities*. The difficult question relates to the legality of unilaterally imposed sanctions.” *Separate Opinion, Partly Concurring and Partly Dissenting, of Judge Robinson*, en *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, 30 March 2023, Judgment, párr. 32. *Vid.*, también: TLADI, D., “The Duty Not to Intervene in Matters within Domestic Jurisdiction”, en VIÑUALES, J.E. (ed.), *The UN Friendly Relations Declaration at 50 An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, Cambridge University Press, 2020, pp.87-104, p.100.
- 24 Que como también explica Díaz Barrado es un principio que “no encuentra el modo de cerrar, definitivamente, los perfiles de su contenido.” DÍAZ BARRADO, C. M., *El Derecho Internacional del Tiempo Presente*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, p.41.
- 25 Una definición de coerción económica, *mutatis mutandis*, puede extraerse de la que brinda el *Reglamento (UE) 2023/2675 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de la Unión y de sus Estados miembros frente a la coerción económica por parte de terceros países* de 22 de noviembre de 2023: “Artículo 2. Coerción económica. 1. A efectos del presente Reglamento, existe coerción económica cuando un tercer país aplique o amenace con aplicar una medida de un tercer país que afecte al comercio o la inversión con el fin de impedir o de conseguir la paralización, modificación o adopción de un acto concreto por parte de la Unión o de un Estado miembro, interfiriendo así en las decisiones soberanas legítimas de la Unión o de un Estado miembro. 2. Para determinar si se cumplen las condiciones establecidas en el apartado 1, la Comisión y el Consejo tendrán en cuenta lo siguiente: a) la intensidad, gravedad, frecuencia, duración, amplitud y magnitud de la medida del tercer país, en particular su repercusión en las relaciones comerciales o de inversión con la Unión, y la presión derivada de ella para la Unión o para un Estado miembro; b) si el tercer país está incurriendo en una pauta de injerencia destinada a impedir u obtener actos concretos de la Unión, de un Estado miembro o de otro tercer país; c) el grado en que la medida del tercer país interfiere en el ámbito de la soberanía de la Unión o de un Estado miembro; d) si el tercer país actúa sobre la base de una preocupación legítima reconocida internacionalmente; e) si, antes de imponer o aplicar la medida del tercer país, este ha intentado seriamente y de buena fe resolver el asunto mediante una coordinación internacional o una resolución jurisdiccional, ya sea bilateralmente o en un foro internacional, y de qué manera.”

Si pudiéramos aplicar estos criterios a un caso concreto, como el mencionado cubano o el venezolano<sup>26</sup>, no podría llegarse a otra conclusión que no fuera claros ejemplos de intervención contrario al orden jurídico internacional, aun cuando en ambos casos existen evidentes problemas internos de democracia y de derechos humanos. Es difícil concebir el “bloqueo” a Cuba, ya hemos dicho, como un simple acto de interferencia ante décadas de duración, incalculables pérdidas económicas y afectaciones generalizadas en la población, que sin ropajes ni adornos se marca como uno de sus objetivos el derrocamiento de un gobierno y la instalación de un gobierno provisional<sup>27</sup>. O el mismo caso venezolano desde 2015, con una batería de medidas por parte de Estados Unidos enfiladas a asfixiar a la economía y a torcer el rumbo político en otra dirección.<sup>28</sup>

Pero una de las exigencias más problemáticas en esta discusión es cuando se requiere que la intervención se refiera a asuntos que no estén únicamente en el *dominio estatal*, o en palabras de la CIJ ya mencionadas, en aquellos asuntos que no está permitido al Estado *decidir libremente*.<sup>29</sup> Este es el campo en que suele refugiarse con mayor amplitud las posiciones más resistentes a constatar violaciones del principio de no intervención, sobre todo porque no suele ser pacífico asumir cuándo son materias exclusivas de la “jurisdicción interna” que delimitarían la legalidad o no de la medida.<sup>30</sup> Este último aspecto alcanza relevancia cuando las medidas coercitivas hacia otro Estado se justifican por razones de derechos humanos, un área que se considera no forma parte exclusiva de las jurisdicciones internas de los Estados.<sup>31</sup>

Estos mismos argumentos han alimentado medidas mucho más graves en derecho internacional, cuando el empleo de la fuerza armada pretendió encontrar justificación al margen del sistema de seguridad colectiva (o dentro de ella) en las llamadas *intervenciones de humanidad*

---

26 Sobre las medidas sancionatorias contra Venezuela, ver el soporte jurídico en un conjunto amplio de Órdenes Ejecutivos: 13884 – Blocking Property of the Government of Venezuela, (August 5, 2019); 13857 – Taking Additional Steps to Address the National Emergency With Respect to Venezuela (January 25, 2019); 13850 – Blocking Property of Additional Persons Contributing to the Situation in Venezuela (November 1, 2018); 13835 – Prohibiting Certain Additional Transactions with Respect to Venezuela (May 21, 2018); 13827 – Taking Additional Steps to Address the Situation in Venezuela (March 19, 2018); 13808 – Imposing Additional Sanctions with Respect to the Situation in Venezuela (August 24, 2017); 13692 – Blocking Property and Suspending Entry of Certain Persons Contributing to the Situation in Venezuela (March 8, 2015). Consultar: <https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information/venezuela-related-sanctions>

27 *Vid.*, Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996.

28 Dire Tladi pudo decir en su momento: “The range of economic measures adopted by the United States government since 2015 against the government of Venezuela, which are intended to affect the policy and governance of Venezuela and have had a crippling effect on the economy of that country, are likely to amount to intervention prohibited under international law.” TLADI, D., “The Duty Not to Intervene in Matters within Domestic Jurisdiction”, *cit.*, p.101,

29 *Militar and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, párr.205.

30 Cfr. HAPPOLD, M., “Economic Sanctions and International Law: An Introduction”, *cit.*, pp.5-6; AKANDE, D.; AKHAVAN, P.; BJORGE, E., “Economic Sanctions, International Law, and Crimes Against Humanity: Venezuela’s ICC Referral”, *cit.*, p.498.

31 Cfr. CLEVELAND, S. H., “Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions”, *cit.*, p.53.

o al amparo de la *responsabilidad de proteger*).<sup>32</sup> Aunque es indudable que la comunidad internacional no puede quedar inmóvil ante casos de graves violaciones de derechos humanos, también es cierto que la justificación basada en los derechos humanos suele ser una máscara para esconder otros intereses. Jugar con esta retórica ante acciones unilaterales es un camino fácil que se invoca a mansalva. Esto se traduce en una fórmula muy cómoda para los Estados y que cierto sector de la academia sigue a pie juntillas: un Estado no intervendría en asuntos de jurisdicción interna de otro Estado, contraviniendo el orden internacional, porque el Estado interventor declara expresamente que lo hace por razones que son de interés de toda la comunidad internacional.<sup>33</sup>

Dicho esto, también está la otra cara de la moneda: la actuación por medios lícitos en el marco de un deber de cooperación ante violaciones de normas de *ius cogens*), o en forma de contramedidas (cuando sean lesionados directos o terceros), que pueda implicar la toma de medidas económicas. Esto llama la atención a que no es posible sostener de modo abstracto que todas las medidas o sanciones económicas que pueden tomar un Estado, aun cuando empleo medio coercitivos, debe estar precedida inevitablemente de la intención de *subordinar* “el ejercicio de sus derechos soberanos”.<sup>34</sup> Estas pueden tomarse simplemente como reacciones frente a ilícitos previos por parte de otro Estado. Si pueden ser asumidas como *contramedidas*, está en conexión con la discusión de si el Estado que reacciona con “sanciones económicas” viola alguna norma de derecho consuetudinario u obligación convencional con respecto a ese otro Estado. En el plano convencional no ofrecería grandes dificultades, pero sí en el plano consue-

32 *Vid.*, sobre esto a: DÍAZ BARRADO, C. M., “La responsabilidad de proteger en el Derecho Internacional contemporáneo: entre lo conceptual y la práctica internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 24. 2012; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., “La crisis de Libia desde la perspectiva de la “responsabilidad de proteger”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 27, 2011, pp. 109-152.

33 Véase, por ejemplo, como un grupo de autores analiza la justificación de las “sanciones” unilaterales de Estados Unidos contra Venezuela a partir de 2017, haciendo alusión únicamente a las razones aducidas por el Estado interventor: “As mentioned above, the stated objectives of the sanctions against Venezuela include counteracting what the United States considered to be human rights abuses, including arbitrary or unlawful arrest. The proposition that there is nothing in customary international law that bars economic coercion applies *a fortiori* to matters which are not considered to be solely within the state’s domestic jurisdiction (*domaine réservé*).” AKANDE, D.; AKHAVAN, P.; BJORGE, E., “Economic Sanctions, International Law, and Crimes Against Humanity: Venezuela’s ICC Referral”, *cit.*, p.498. Ojalá hubieran tenido tiempo para leer las palabras del Presidente Donald Trump en junio de 2023, que venían a confirmar lo que muchos sabían: “Cuando dejé la presidencia, Venezuela estaba a punto de colapsar. Nos hubiéramos apoderado de ella, nos hubiéramos quedado con todo ese petróleo. Ahora, se lo compramos al dictador y lo hacemos más rico.” “Pudimos quedarnos con todo su petróleo”, asegura Donald Trump sobre crisis en Venezuela, *La República*, 12 de junio de 2023.

34 La relatora del Consejo de Derechos Humanos ha indicado este aspecto: “El enfoque académico identifica cinco tipos de propósitos de las sanciones (cumplimiento, subversión, disuasión, simbolismo internacional y simbolismo interno) o diferencia entre instrumentos de denegación (para denegar bienes o beneficios a los sancionados), instrumentos simbólicos y medidas punitivas, para constreñir, coaccionar, señalar o estigmatizar. También se ha identificado como objetivo principal asegurar el cumplimiento de una orden o cambiar un comportamiento del objeto de las sanciones causando un dolor que haga que el statu quo sea demasiado incómodo.” *Medidas coercitivas unilaterales: noción, tipos y calificación Informe de la Relatora Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos, Alena Douhan*, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/48/59, 8 de julio de 2021, párr. 23.

tudinario pues ubica una vez más la discusión sobre la existencia o no de normas jurídicas en contra de estas prácticas. Si no rebasa el límite para ser considerado una intervención prohibida por el derecho internacional, entonces quedaría a lo sumo en el plano de las retorsiones. Pero si entrara de lleno en una práctica intervencionista contrario al derecho internacional, aunque fuera en reacción por un ilícito previo, ésta debería sujetarse a los límites procedimentales y de fondo de las contramedidas. Esta última cuestión también se extendería para casos de las denominadas “contramedidas de terceros”, en los que el ilícito previo consistiría en una “violación de una obligación con la comunidad internacional en su conjunto”.

### III. ¿HAY VIDA MÁS ALLÁ DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS? ¿UNA EVENTUAL NORMA DE DERECHO CONSUETUDINARIO EN CONTRA DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS UNILATERALES?

Lo escrito hasta aquí se conecta con dos cuestiones debatidas con no menor intensidad: si con la aplicación unilateral de estas medidas por los Estados u organizaciones internacionales, se está asumiendo una función confiada exclusivamente por la Carta de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad en el proceso de *comunitarización* de la sociedad internacional<sup>35</sup>; y qué impacto tendría en establecer normas de derecho consuetudinario la abrumadora existencia de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y otros órganos como el Consejo de Derechos Humanos, así como Declaraciones de Naciones Unidas, recomendaciones de grandes Conferencias de la propia organización universal, *inter alia*, que rebaten de forma categórica la práctica de estas medidas unilaterales.

En el primero de los casos una práctica exorbitante en la aplicación de estas medidas unilaterales, cargadas de razones espurias en muchos casos, describiendo un insoportable unilateralismo que asume poses de “gendarme mundial” o de la “comunidad internacional”, enfrenta un reclamo por capitalizar la institucionalización de toda medida de este tipo. Parafraseando a Hans Kelsen, no se trataría en estos casos de “sanciones” adoptadas por los Estados como órganos de una comunidad internacional descentralizada, sino de sanciones adoptadas por órganos que pretender justificarlas “a nombre” de la comunidad internacional.<sup>36</sup> El argumento defiende al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como el único órgano de la comunidad internacional con la capacidad de adoptar o autorizar medidas coercitivas económicas

---

35 En estos términos se pronunció el juez Robinson en su *voto separado, parcialmente concurrente y parcialmente disidente*, a la sentencia de 30 de marzo de 2023 en el asunto *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*: “(...) the disorganization of the international community of States explains the phenomenon of unilaterally imposed sanctions. They are particularly objectionable when it is clear from the context in which they are imposed that they are performing a function that the United Nations Charter assigned to the Security Council. It is the dysfunctionality of the Security Council, resulting from the veto power of the five permanent members, that creates a void which States bent on asserting their sovereignty are only too ready to fill.” *Separate Opinion, Partly Concurring and Partly Dissenting, of Judge Robinson*, en *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, 30 March 2023, Judgment, párr. 36

36 KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, p.25.

en forma de “sanciones”.<sup>37</sup> Al presentarse usualmente las medidas unilaterales de coerción económica con ropajes “sancionatorios”, se aboga por su encaje en el proceso de instituciona-

---

37 Ver lo expuesto por Venezuela en la “Remisión conforme al artículo 14 del Estatuto de Roma a la Fiscal de la Corte Penal Internacional por parte de la República Bolivariana de Venezuela con respecto a las Medidas Coercitivas Unilaterales”: “En principio, para que las sanciones sean lícitas deben ser impuestas por un órgano internacional competente, y deben justificarse como respuesta al incumplimiento de una obligación internacional que tenga graves consecuencias para la comunidad internacional en su conjunto. El único órgano autorizado para imponer sanciones por la Carta de las Naciones Unidas es el Consejo de Seguridad. Por supuesto, incluso las sanciones impuestas legalmente por el Consejo de Seguridad pueden tener efectos devastadores en la protección de los derechos humanos. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no ha adoptado ni aprobado las medidas coercitivas unilaterales destinadas a la destrucción de la economía venezolana.” *Annex II to the Prosecution’s Provision of the Supporting Document of the Referral Submitted by the Government of Venezuela, Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela II*, ICC-01/20-4-AnxII, párr. 41. En este sentido, puede ubicarse la posición de los Estados que votaron la Resolución “Medidas económicas unilaterales como medio de ejercer presión política y económica sobre los países en desarrollo”, de 14 de octubre de 2023, Segunda Comisión, Asamblea General, A/C.2/78/L.6/Rev.1.: “Insta a la comunidad internacional a que actúe de manera urgente y eficaz para eliminar la utilización de medidas económicas, financieras o comerciales unilaterales que no hayan sido autorizadas por los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, sean incompatibles con los principios del derecho internacional o la Carta de las Naciones Unidas o contravengan los principios básicos del sistema multilateral de comercio y que afecten en particular, pero no exclusivamente, a los países en desarrollo”. (subrayado del autor). Consultar también la *Declaración de la Segunda Cumbre Rusia-África* de 28 de julio de 2023, en la que se expresa: “Work together to counter the use of illegitimate unilateral tools and methods, including the application of coercive measures in circumvention of the United UN Council and their extraterritorial application, as well as the imposition of approaches that harm primarily the most vulnerable and undermine international food and energy security.” Disponible en: <https://summitafrica.ru/en/about-summit/declaration-2023/>. Esto es lo que parece también deducirse de posiciones conjuntas entre China y Rusia: “The People’s Republic of China and the Russian Federation share the view that good faith implementation of generally recognized principles and rules of international law excludes the practice of double standards or imposition by some States of their will on other States, and consider that imposition of unilateral coercive measures not based on international law, also known as ‘unilateral sanctions’, is an example of such practice. The adoption of unilateral coercive measures by States in addition to measures adopted by the United Nations Security Council can defeat the objects and purposes of measures imposed by the Security Council, and undermine their integrity and effectiveness.” The Declaration of the People’s Republic of China and the Russian Federation on the Promotion of International Law, 2006, párr. 6. Disponible en: [https://www.fmprc.gov.cn/eng/wjdt\\_665385/2649\\_665393/201608/t20160801\\_679466.html](https://www.fmprc.gov.cn/eng/wjdt_665385/2649_665393/201608/t20160801_679466.html). En el *Comunicado conjunto de la 14ª Reunión de Ministros de Asuntos Exteriores de la Federación de Rusia, la República de la India y la República Popular China* de 2016, también se expresó: “The Ministers agreed that the imposition of unilateral sanctions, which exceed the ones agreed by the United Nations Security Council, is inconsistent with principles of international law, undermines the prerogatives of the United Nations Security Council as set forth in the UN Charter, reduces effectiveness of its sanctions regimes, disproportionately affects States against which they are imposed, as well as, when applied extra-territorially, has a negative impact upon third States and international trade and economic relations at large. Good-faith implementation of principles of sovereign equality of States, non-intervention in the internal affairs of States and cooperation excludes imposition of unilateral coercive measures not based on international law.” Joint Communiqué of the 14th Meeting of the Foreign Ministers of the Russian Federation, the Republic of India and the People’s Republic of China, April 18, 2016, párr. 6. Disponible en: [https://www.mea.gov.in/bilateral-documents.htm?dtl/26628/Joint\\_Communicu\\_of\\_the\\_14th\\_Meeting\\_of\\_the\\_Foreign\\_Ministers\\_of\\_the\\_Russian\\_Federation\\_the\\_Republic\\_of\\_India\\_and\\_the\\_Peoples\\_Republic\\_of\\_China](https://www.mea.gov.in/bilateral-documents.htm?dtl/26628/Joint_Communicu_of_the_14th_Meeting_of_the_Foreign_Ministers_of_the_Russian_Federation_the_Republic_of_India_and_the_Peoples_Republic_of_China)

lización y centralización que ha caracterizado de la sociedad internacional desde la segunda posguerra, fundamentalmente en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.

El argumento no es baladí, pues son medidas que suelen tener fuertes implicaciones en varios principios y normas referidas a las relaciones de cooperación, a la no injerencia, a los derechos humanos, etc., y es lógico pensar que su adopción deba responder a decisiones institucionales y centralizadas a nivel universal, o al amparo de estas, y no libradas a los infortunios de la unilateralidad. Si las medidas coercitivas son la fiera, las Naciones Unidas sería la jaula de un encierro controlado y restringido. Se trataría en todo caso de enjaular a una fiera inadaptada que antaño se disputaba en *autotutela* los desafíos de una sociedad bárbara y desarticulada, y que sin evolucionar suficiente pugna por normalizar sus atavismos.

Es una posición, sin embargo, que no se corresponde con la práctica estatal ni se acepta por los Estados que hegemónicamente marcan los ritmos del Derecho internacional. Desde el punto de vista formal, es cierto que sería correcto que el término “sanciones” se limite a aquellas adoptadas institucionalmente por organizaciones internacionales como la ONU, con facultades en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales establecidas en la Carta, y de modo específico por el Consejo de Seguridad, ante incumplimientos de obligaciones internacionales con consecuencias graves para la comunidad internacional de conformidad.<sup>38</sup> Pero la cruda realidad es que hoy conviven con estas sanciones adoptadas o autorizadas por el Consejo de Seguridad, las medidas económicas unilaterales con ínfulas de “sanciones”, y cada vez más en ascenso. En ocasiones aduciendo la defensa y protección de la “comunidad internacional”, sin ningún tipo de control, y con una desproporción que puede llegar a ser constitutiva de un ilícito grave para la comunidad internacional.

El posible valladar que pudiera encontrar esta práctica con la referencia a un gran número de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y del Consejo de Derechos Humanos, que en términos muy claros se pronuncian en contra de estas medidas unilaterales<sup>39</sup>, es

---

38 Este fue el criterio en su momento de la Comisión de Derecho Internacional: “The Commission has thus made allowance for the trend in modern international law to reserve the term ‘sanction’ for reactive measures applied by virtue of a decision taken by an international organization following a breach of an international obligation having serious consequences for the international community as a whole, and in particular for certain measures which the United Nations is empowered to adopt, under the system established by the Charter, with a view to the maintenance of international peace and security”. Comentario al entonces artículo 30, titulado “Countermeasures in respect of an internationally wrongful act”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1979, Volume II (Part II), párr. 21, p. 121. *Vid.* PELLET, A. y MIRON, A., “Sanctions”, *cit.*, p.2.

39 *Vid.*, cada una de las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, de la Asamblea General de Naciones Unidas, y de la entonces Comisión de Derechos Humanos en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-unilateral-coercive-measures/resolutions-and-decisions-mandate>. El Consejo de Derechos Humanos decidió en 2014, con el voto en contra de varios Estados, “nombrar, por un período de tres años, un Relator Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos”, Resolución “Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales”, Consejo de Derechos Humanos, 3 de octubre de 2014, A/HRC/RES/27/21, párr. 22. En este sentido, también es importante hace referencia al Mandato de Doha de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y desarrollo (UNCTAD), 4 de junio de 2012, TD/500/Add.1, que estableció en su párrafo 25: “Se insta enérgicamente a los Estados a que se abstengan de promulgar y aplicar toda medida económica, financiera o comercial

que pueden tener impacto en una eventual norma de derecho consuetudinario –como veremos más adelante–, pero afrontan la realidad de un mundo en que los Estados *más iguales que otros* se niegan a toda costa a ceder este instrumento de dominación en sus relaciones con otros sujetos de Derecho internacional. El rechazo bajo estas consideraciones choca con dos obstáculos fundamentales: el carácter no vinculante de las resoluciones de órganos como la Asamblea General de la ONU cuando rechazan la aplicación de estas medidas, o en el escaso consenso de la comunidad en su adopción para permitir considerar sus disposiciones como normas de derecho consuetudinario.<sup>40</sup>

Esta realidad se ha puesto de relieve recientemente por la Gran Sala del Tribunal General de la UE, en sentencia de 13 de septiembre de 2023. Venezuela solicitó la anulación de Decisiones y Reglamentos del Consejo contentivas de medidas restrictivas a Venezuela<sup>41</sup>, entre cuyos motivos estaba que se trataban de “contramedidas ilegales” y “violatorias del Derecho internacional”. Para Venezuela se trataban de contramedidas no conforme al Derecho consuetudinario, –lo que implica una violación del principio de no injerencia en sus asuntos internos–, y en tal caso el Consejo solo podía adoptar medidas restrictivas con la autorización previa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Al destacar que no se trataban de contramedidas en el sentido del artículo 49 del *proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* –por aceptar que las medidas restrictivas no habían sido adoptadas en reacción a un hecho internacionalmente ilícito atribuible a Venezuela, ni se había incumplido temporalmente obligaciones internacionales de la Unión–, el tribunal consideró con respecto a la alegación de la necesidad de autorización previa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la conformidad de estas medidas con el Derecho internacional:

“En segundo término, por lo que respecta a la alegación relativa a la adopción de las medidas restrictivas en cuestión sin la autorización previa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es preciso recordar que nada en el artículo 29 TUE ni en el artículo 215 TFUE permite considerar que la competencia conferida a la Unión en estas disposiciones se limite a la ejecución de las medidas decididas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por el contrario, esas disposiciones de los Tratados

---

unilateral que no esté en conformidad con el derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas y que obstaculice el pleno logro del desarrollo económico y social, en particular en los países en desarrollo, y que afecte a intereses comerciales. Esas medidas restringen el acceso a los mercados, las inversiones y la libertad de tránsito, así como el bienestar de las poblaciones de los países afectados. Para que la liberalización del comercio sea útil será necesario también abordar el problema de las medidas no arancelarias, entre otras, las medidas unilaterales, cuando puedan constituir barreras innecesarias al comercio.” Hay que resaltar también en este sentido la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*, que se adoptaron el 15 de junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena y la resolución 41/128 de la Asamblea General en 1986 “Declaración sobre el derecho al desarrollo”.

40 Cfr. HAPPOLD, M., “Economic Sanctions and International Law: An Introduction”, *cit.*, p.5.

41 Estas medidas incluían la prohibición de exportación de medios (armas, equipos militares) para la represión interna; o de equipos, tecnología o programas para el control tecnológico o informático, prestación de servicios financieros o técnicos relacionados con esos equipos y tecnologías; así como la eventual toma de medidas para inmovilizar fondos o recursos económicas de personas, entidades y organismos. Decisión (PESC) 2018/1656 del Consejo, de 6 de noviembre de 2018, que modificó la Decisión (PESC) 2017/2074, así como los artículos 2, 3, 6 y 7 del Reglamento (UE) 2017/2063 del Consejo, de 13 de noviembre de 2017 y el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1653 del Consejo, de 6 de noviembre de 2018.



atribuyen al Consejo la competencia para adoptar actos que contengan medidas restrictivas autónomas, distintas de las medidas recomendadas específicamente por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Rosneft y otros/Consejo, T715/14, no publicada, EU:T:2018:544, apartado 159 y jurisprudencia citada).

Además, procede señalar que, con arreglo al artículo 38, apartado 1, letra b), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la existencia de una costumbre internacional está supeditada al requisito «de una práctica generalmente aceptada como derecho». Ahora bien, la República Bolivariana de Venezuela no ha demostrado la existencia de tal práctica general que exija la autorización previa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas antes de la adopción de medidas restrictivas por el Consejo.

Tanto las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas a las que se refiere la República Bolivariana de Venezuela, como las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, se adoptaron con un considerable número de votos negativos o de abstenciones, en particular por parte de los Estados miembros de la Unión. Así pues, no cabe considerar que las resoluciones en las que se basa la República Bolivariana de Venezuela reflejen «una práctica generalmente aceptada como derecho».<sup>742</sup>

Sobre esta ausencia de consenso cabe hacer varias precisiones. Suele haber un rechazo minoritario –aunque suficiente para mostrar dos bloques en este tema– a resoluciones que de forma amplia rechazan toda medida económica unilateral contra otro Estado –como da cuenta la última resolución presentada en la Asamblea General de la ONU por China, Cuba (en nombre de los miembros de Naciones Unidas que lo son a la vez del Movimiento de Países No alineados) y Rusia, titulada “Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales”<sup>743</sup>; o un rechazo más

---

42 Sentencia del Tribunal General (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2023.

43 El 7 de noviembre de 2023, en la 48ª sesión de la Tercera Comisión, se sometió a votación el proyecto de resolución ya mencionado “Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales” (A/C.3/78/L.45) que registró una aprobación por 128 votos contra 54. Los votos en contra fueron de: Albania, Alemania, Andorra, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Chequia, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Islas Marshall, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Malta, Micronesia (Estados Federados de), Mónaco, Montenegro, Nauru, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos (Reino de los), Palau, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, República de Moldova, Rumania, San Marino, Suecia, Suiza, Türkiye, Ucrania. En esta resolución se *instó* a los Estados al *cese* de la adopción y aplicación de “medidas unilaterales no compatibles con el derecho internacional, el derecho internacional humanitario, la Carta de las Naciones Unidas y las normas y principios que rigen las relaciones pacíficas entre los Estados, *en particular las de carácter coercitivo*, así como todos los efectos extraterritoriales consiguientes (...)” (subrayado del autor). Con esto se pretende excluir las medidas unilaterales no sólo de carácter coercitivo, sino todas aquellas contrarias al derecho internacional... En las declaraciones sobre la explicación del voto, la delegación de Estados Unidos, al sostener de inicio que “a small number of Member States insist on advancing a politically motivated agenda related to so-called Unilateral Coercive Measures”, expresó: “Economic sanctions are a legitimate, appropriate, and effective tool for responding to harmful activity and addressing threats to peace and security. Sanctions can be used to promote accountability for human rights violations and abuses, respond to malign behavior, and counter transnational crime, terrorism, and proliferation of weapons of mass destruction. Sanctions are expressly a tool for promoting positive and enduring behavior change. We are clear and transparent about these goals. The United States uses sanctions in a manner consistent with international law with these objectives in mind; it is not alone

moderado (con un alto nivel de abstenciones) cuando se orientan las resoluciones expresamente al cese de medidas económicas unilaterales como medio de coerción política y económica –como muestra la votación de la última resolución titulada “Medidas económicas unilaterales como medio de ejercer presión política y económica sobre los países en desarrollo” presentada también por Cuba “en nombre de los Estados Miembros de las Naciones Unidas que son miembros del Grupo de los 77 y China”<sup>44</sup>; pero no puede decirse lo mismo cuando estas medidas adquiere las características de coerción económica al estilo de la “Ley Helms-Burton”.

Desde 1992, en 31 ocasiones, la Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado proyectos de resoluciones presentados por Cuba para “poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos de América contra Cuba”, que con mayoría aplastante –como evidencian los últimos años–, *exhorta* “a todos los Estados a que se abstengan de promulgar y aplicar leyes y medidas” como las que contempla la “Ley Helms-Burton”, “cuyos

---

in that view or practice. This resolution inappropriately challenges the ability of States to determine their economic relations and protect legitimate national interests, including taking actions in response to national security concerns. The resolution also attempts to undermine the international community’s ability to respond to human rights violations and abuses.” *Explanation of Vote on a Third Committee Resolution on Human Rights and Unilateral Coercive Measures*, November 7, 2023, United States Mission to the United Nations. Disponible en: <https://usun.usmission.gov/explanation-of-vote-on-a-third-committee-resolution-on-human-rights-and-unilateral-coercive-measures-3/>. En un reporte sobre las intervenciones de algunas delegaciones en la explicación de su voto, se recoge que: “The representative of Spain, speaking on behalf of the European Union, in its capacity as observer, said that references to the anniversaries of the of the Vienna Declaration and Universal Declaration of Human Rights do not address the bloc’s reservations on the draft resolution. The European Union’s restrictive measures are selective and gradual, targeting specific policies and leaders in line with international law and considering humanitarian situations. Grains, medication and other supplies are never the target of Union sanctions, she said, noting that the bloc is ready to cooperate with all Member States in fulfilling the UN charter and all human rights obligations.” Por otra parte: “The representative of the United Kingdom said her country opposes the draft resolution, as sanctions are part of its foreign policy focused on deterring human rights violation and breaches of international law. There is no conflict with the UN Charter, she added. Her delegation has consistently opposed such resolutions and will continue to do so to prevent the proliferation of misinformation on the subject.” “Third Committee Approves 12 Draft Resolutions, Including Texts on Mercenaries, Unilateral Coercive Measures, Indigenous Peoples and Right to Food”, *United Nations*, Seventy-eighth session, 48th Meeting (PM), 7 November 2023, Disponible en: <https://press.un.org/en/2023/gashc4398.doc.htm>

- 44 “Medidas económicas unilaterales como medio de ejercer presión política y económica sobre los países en desarrollo”, 14 de octubre de 2023, Segunda Comisión, Asamblea General, A/C.2/78/L.6/Rev.1. Esta resolución se aprobó por 132 votos, 8 en contra (Australia, Canadá, Estados Unidos de América, Israel, Lituania, Nueva Zelandia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Ucrania) y 42 abstenciones. En esta se *exhorta, inter alia*, “a la comunidad internacional a que condene y rechace la imposición de tales medidas como medio de ejercer presión política y económica sobre los países en desarrollo porque entorpece el pleno logro del desarrollo social y económico”. La resolución es tan tajante con este tipo de medidas, que se rechazó la posibilidad de introducir una referencia a la posible legalidad de estas medidas unilaterales económicas, como fue la propuesta de enmienda presentada por España, en nombre los Estados de la Unión Europea. Con el voto afirmativo, entre otros, de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Israel, la enmienda pedía incluir en el preámbulo la siguiente frase: “Recognizing that restrictive measures that are legal, targeted and in line with international law and the UN charter are a useful non-military response to grave violations of international law and crimes against humanity”. Amendment to draft resolution [*submitted by Spain (on behalf of the European Union)*]. Disponible en: <https://www.un.org/en/ga/second/78/docs/A-C2-78-CRP2.pdf>;

efectos extraterritoriales afectan a la soberanía de otros Estados, a los intereses legítimos de entidades o personas bajo su jurisdicción y a la libertad de comercio y navegación”.<sup>45</sup> Así, se “(i)nta (...) a los Estados en los que existen y continúan aplicándose leyes y medidas de ese tipo a que, en el plazo más breve posible y de acuerdo con su ordenamiento jurídico, tomen las medidas necesarias para derogarlas o dejarlas sin efecto”.<sup>46</sup>

El juez *ad hoc* Momtaz en el asunto *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, al referirse en su Declaración a que estas resoluciones eran de aplicación a una situación similar como las “sanciones” de 2018 de Estados Unidos contra Irán y sus nacionales –así como a nacionales y compañías de terceros Estados–, pudo recordar la jurisprudencia de la CIJ en torno a las particularidades normativas que pueden tener las resoluciones de la Asamblea General de la ONU.<sup>47</sup> En la opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, la CIJ expresó:

“The Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an *opinio juris* exists as to its normative character. Or a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule.”<sup>48</sup>

Los factores que ha tomado en cuenta la CIJ para negar la existencia de una *opinio juris* en resoluciones de la Asamblea General han sido el número de votos negativos y de abstenciones; o cuando del contenido de estas se puede concluir que no indica la existencia de normas consuetudinarias específicas; o cuando existe una *tensión* entre una naciente *opinio juris* y la práctica de los Estados.<sup>49</sup> Si aplicáramos este baremo a las resoluciones contra la “Ley Helms Burton”, en las que expresamente, como la última aprobada en 2023, *toma nota* de “las declaraciones y resoluciones de distintos foros intergubernamentales, órganos y Gobiernos que expresan el rechazo de la comunidad internacional y de la opinión pública a la promulgación y aplicación de medidas del tipo indicado”<sup>50</sup>, se pudiera advertir el *valor normativo* que han alcanzado.

45 Resolución “Necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos de América contra Cuba”, Asamblea General, A/78/L.5, 11 de octubre de 2023, párr. 4 del preámbulo.

46 *Ibid.*, párr. 3.

47 Declaration of Judge *ad hoc* Momtaz, párr. 21, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018.

48 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p.255, párr. 70. *Vid.*, también cuando consideró: “For it would not be correct to assume that, because the General Assembly is in principle vested with recommendatory powers, it is debarred from adopting, in specific cases within the framework of its competence, resolutions which make determinations or have operative design.” *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p.50, párr. 105.

49 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, párrs. 70-73.

50 Ver las distintas respuestas recibidas de los gobiernos sobre la aplicación de esta resolución (en lo referido fundamentalmente a la promulgación o aplicación de medidas del tipo indicadas) en el *Informe del*

Al *exhortar e instar* de forma tajante la *abstención* en la *promulgación y aplicación* o *derogación* de medidas en contra de la “la soberanía de otros Estados”, de “los intereses legítimos de entidades o personas bajo su jurisdicción” y de “la libertad de comercio y navegación”, muestra la *gradual evolución* de una *opinio juris* que desde 1992 ha consolidado una norma consuetudinaria en contra de prácticas sancionatorias como las que establece este tipo de ley nacional de un Estado contra otro (y que se ha aceptado denominar “bloqueo económico, comercial y financiero”). Son resoluciones que son aprobadas de forma abrumadora por la comunidad internacional –con la única excepción de Estados Unidos, Israel, y algún que otro Estado de turno, y con un número muy bajo de abstenciones.<sup>51</sup> La soledad en la que ha quedado Estados Unidos en la práctica de medidas de tan profundo calado contra otro Estado, y con razones de tanta doble moral para justificar su conformidad con el Derecho internacional, hacen que no haya podido provocar una *tensión* con el nacimiento de una *opinio juis* en contra de estas medidas de “bloqueo”. A lo sumo pudiera calificarse a Estados Unidos en esta materia como un *objeto persistente*, y visto lo visto, bastante *persistente*.

Esta disyuntiva también se observa cuando dos bloques se posicionan en torno a la relación entre medidas económicas unilaterales y la consecución de los objetivos marcados por la Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobó el documento titulado: “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Expresiva también de un gran consenso de la comunidad internacional sobre cómo sería el desarrollo al que debían aspirar las sociedades, en su Declaración se *instaba* “encarecidamente a los Estados a que se abstengan de promulgar y aplicar unilateralmente medidas económicas, financieras o comerciales que no sean compatibles con el derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas y que impidan la plena consecución del desarrollo económico y social, particularmente en los países en desarrollo.”<sup>52</sup>

Sin embargo, en las mencionadas resoluciones aprobadas por una mayoría de Estados en el seno de la Asamblea General como “Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales”<sup>53</sup>, o “Medidas económicas unilaterales como medio de ejercer presión política y económica sobre los países en desarrollo”, la oposición o abstención minoritaria de los Estados se extendía también a expresiones en las que se *subrayaba* a “las medidas coercitivas unilaterales” como “uno de los principales obstáculos a la aplicación de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”; o *reconocía* a “las medidas económicas coercitivas unilaterales que son incompatibles con los principios del derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas” como “un importante obstáculo para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los países en desarrollo contra los que van dirigidas”.<sup>54</sup>

---

*Secretario General* sobre el cumplimiento de la Resolución 77/7, aprobada por la Asamblea General el 3 de noviembre de 2022, y titulada “Necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos de América contra Cuba”, de 7 de agosto de 2023, A/78/84.

51 En la votación de la última resolución presentada en noviembre de 2023, se aprobó con 183 votos a favor, 2 en contra (Estados Unidos e Israel) y una sola abstención (Ucrania).

52 Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la que se aprobó el documento titulado: “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, A/RES/70/1, párr. 30

53 “Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales” (A/C.3/78/L.45).

54 “Medidas económicas unilaterales como medio de ejercer presión política y económica sobre los países en desarrollo”, 14 de octubre de 2023, Segunda Comisión, Asamblea General, A/C.2/78/L.6/Rev.1, párr. 5

Este hecho queda remarcado por el apoyo recibido por estos Estados a una de las enmiendas presentada por España, a nombre de los Estados miembros de las Naciones Unidas que son miembros de la Unión Europea<sup>55</sup>, que propuso eliminar en la segunda de las propuestas de resolución referidas el párrafo que reconocía el *obstáculo* de las medidas económicas coercitivas unilaterales para alcanzar de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.<sup>56</sup>

#### IV. ¿SANCIONES “INDISCRIMINADAS” CONTRA LA POBLACIÓN GENERAL DE UN ESTADO? ¿ALGÚN LÍMITE?

En el marco de las medidas económicas unilaterales que puedan constituir contramedidas, posibles límites en su aplicación se encontrarían en las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esta fue una de las conclusiones a las que arribó la CDI al aprobar el *Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* cuando estableció que estas no *afectarían* “las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales”<sup>57</sup> (artículo 50). Estos límites deberían ser tomados en cuenta, *a fortiori*, cuando se trate de medidas coercitivas unilaterales que desbordan toda contención de fondo y de procedimiento, y no puedan defenderse como contramedidas.

Esta invitación a buscar los límites de estas medidas en las obligaciones primarias en materia de derechos humanos, sin embargo, tiene el inconveniente de afrontar en el derecho internacional de los derechos humanos contornos muy laxos, sin estándares estrictos a aplicar cuando se trata de sanciones económicas unilaterales. El estado actual del derecho internacional, por desgracia, permite que esta remisión implique estirar la licitud de las contramedidas hasta límites bastante extensos. Ello porque las consecuencias negativas en los derechos humanos de la población general de un Estado sometida a las medidas coercitivas unilaterales no han constituido un obstáculo insalvable para el Derecho internacional. Menos implicaciones prohibitivas tiene cuando abarcan a un grupo de personas selectivamente sin implicaciones generales.

Aunque suele ser útil clasificaciones que tomen en cuenta los “tipos de destinatarios de medidas coercitivas unilaterales”<sup>58</sup>, se ha reconocido que la afectación a la población general de un

55 Votaron a favor: Albania, Alemania, Andorra, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Chequia, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Malta, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos (Reino de los), Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, República de Moldova, Rumania, San Marino, Suecia y Ucrania. *Vid.*, “Proyecto de resolución A/C.2/78/L.6/Rev.1 y enmiendas que figuran en los documentos A/C.2/78/CRP.2, A/C.2/78/CRP.3 y A/C.2/78/CRP.4”, en Informe de la Segunda Comisión, 7 de diciembre de 2023, pp.4-5.

56 Spain: amendment 2 to draft resolution A/C.2/78/L.6/Rev.1. Disponible en: <https://www.un.org/en/ga/cond/78/docs/A-C2-78-CRP3.pdf>

57 Artículo 50 del “Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, Vol. II, 2da parte.

58 La Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos clasificó los “tipos de destinatarios de medidas coercitivas unilaterales”, ya sea en “directos” e “indirectos”, o “destinatarios de las sanciones secundarias”.

Estado, como los casos más extremos de las consecuencias de estas “sanciones” económicas unilaterales, se producen no sólo por la imposición directa de este tipo de sanciones contra los Estados. El enorme perjuicio humanitario para la población en general, de forma indiscriminada, en el caso de las sanciones directa a los Estados, es un hecho incuestionable.<sup>59</sup> Pero si las sanciones se dirigen hacia *objetivos claves o fundamentales* de la economía de un Estado, bajo la modalidad de “sanciones sectoriales”, o de modo más directo contra empresas, bancos, etc., las nefastas implicaciones humanitarias para el conjunto de la población de un Estado también es motivo de profundas preocupaciones.<sup>60</sup>

No se ha podido afianzar una norma prohibitiva absoluta a esta práctica, y cuando se puede hablar de límites en esta sensible materia estos no están suficientemente claros. En su lugar, se ha apostado por un inquietante equilibrio entre la racionalidad de los Estados y la defensa de los derechos humanos, con la apelación a definiciones de difusos contornos como límites. Existe una aceptación expresa de que es posible la coerción económica que puedan afectar derechos humanos, y es la lógica detrás de expresiones contenidas en los propios Pactos Internacionales de Derechos Humanos y de las interpretaciones que han realizado sus comités. Esto en manos de un mundo en que no priman análisis imparciales y objetivos de las realidades nacionales, dominado por bloques, alianzas, y por Estados cuyo poderío económico y militar desmontan en lo material lo formal de la igualdad soberana de los Estados, es un arma dúctil en flaco favor a los propios derechos humanos.

En cualquier caso, siendo conscientes que se está lejos de una práctica que por vía los derechos humanos impida de forma absoluta la adopción de medidas de coerción unilateral, ya sea en forma de contramedidas o no, al menos se puede afirmar que sí estamos en presencia de una norma de derecho consuetudinario que impide la utilización de medidas de coerción económica de forma indiscriminada. Los límites no son nítidos, el baremo no parece ser el mismo para todos los Estados, pero disposiciones en pactos internacionales sobre derechos humanos, resoluciones y declaraciones de conferencias y organizaciones internacionales, normativas nacionales –y su reconocimiento por la jurisprudencia internacional, etc.–, pueden ser indicativos de la *opinio* de una amplia mayoría de los Estados de la comunidad internacional sobre límites necesarios a estas prácticas cuando se trata de la afectación general de derechos humanos a la población de un Estado.

Esto no excluye sostener la existencia de una regla moral consensuada por una mayoría de Estados de la comunidad internacional, que a falta de una *expresión suficiente en forma jurídica*<sup>61</sup>,

---

Entre los “destinatarios directos” se destacan a los Estados, sectores económicos, personas físicas, empresas, organizaciones; entre los “indirectos” serían los trabajadores de las empresas, familiares, población en general, otros Estados, Estados sancionadores. Ver Informe de la Relatora Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos, titulado “Destinatarios de medidas coercitivas unilaterales: concepto, categorías y grupos vulnerables”, A/76/174/Rev.1.

59 Ibid., párrs. 8-12.

60 Ibid., párr. 13.

61 Una expresión utilizada por la CIJ cuando en *South West Africa* consideró sobre la toma en consideración de principios morales: “It is a court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for

plantea problemas de legitimidad moral y material<sup>62</sup> de las medidas coercitivas unilaterales. Si como hemos apuntado el rechazo del minoritario grupo de Estados –pero no menos importante– a resoluciones del Consejo de Derechos Humanos y de la Asamblea General de Naciones Unidas, impiden “consensuar” una norma de derecho consuetudinario general sobre prohibición de medidas unilaterales económicas, no por ello es un obstáculo para enjuiciarlas conforme a la inmoralidad que suponen con respecto a los derechos humanos; por lo injusto de que una minoría, por su posición privilegiada en lo económico y político, y por las características propias del orden jurídico internacional para generar Derecho, sean a la vez victimarios de las medidas y el obstáculo para graduar su prohibición jurídica. La injusticia es notoria al revelar con pavor las nefastas consecuencias en los derechos humanos cuando estas medidas unilaterales alcanzan a la “población en general” y a los “grupos vulnerables de un Estado”, como se ha destacado en varios informes elaborados por los Relatores Especiales del Consejo de Derechos Humanos *sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos*<sup>63</sup> y hacia los que se dirigen puntualmente las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos.

Se puede decir no ya que las medidas coercitivas unilaterales que provocan afectaciones generales y profundas a la población de un Estado son inmorales para un orden internacional que a ratos se presentan en una perfecta comunidad de jungla. Si nos concentramos en los fundamentos y la lógica que secunda su concepción y puesta en marcha de alguna de ellas es desconcertante: privar al Estado de recursos económicos y financieros para que se vea impedida de gestionar y satisfacer las necesidades de la gente, como una manera de “hacer presión al gobierno”, para “proteger los derechos humanos que están siendo sometidos”, etc. Pero se obvia hacer énfasis en explicar que para hacer “caer al gobierno” o “torcer su rumbo”, es con la desesperación de la gente<sup>64</sup> a la que se apuesta para que se convierta en el motor del cambio. Si la respuesta es que estas medidas son para la defensa de los derechos humanos de esas per-

---

that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline.” *South West Africa, Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p.34, párr. 49.

62 En un sentido similar puede encontrarse argumentos en esta dirección en: HOFER, A., “The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, núm. 2, 2017, pp. 175-214.

63 Sobre los distintos informes y documentos del Relator Especial, consultar: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-unilateral-coercive-measures/reports-submitted-human-rights-council-human-rights-and-unilateral-coercive-measures>. *Vid.*, en especial, el informe: “Destinatarios de medidas coercitivas unilaterales: concepto, categorías y grupos vulnerables”, A/76/174/Rev.1., 13 de septiembre de 2021.

64 Véase, por ejemplo, una de las principales estrategias recomendadas al gobierno de Estados Unidos con respecto a Cuba en 1960 a través del *Memorandum From the Deputy Assistant Secretary of State for Inter-American Affairs (Mallory) to the Assistant Secretary of State for Inter-American Affairs (Rubottom)*. En este se expresaba: “Salient considerations respecting the life of the present Government of Cuba are: 1. The majority of Cubans support Castro (the lowest estimate I have seen is 50 percent). 2. There is no effective political opposition. 3. Fidel Castro and other members of the Cuban Government espouse or condone communist influence. 4. Communist influence is pervading the Government and the body politic at an amazingly fast rate. 5. Militant opposition to Castro from without Cuba would only serve his and the communist cause. 6. *The only foreseeable means of alienating internal support is through disenchantment and disaffection based on economic dissatisfaction and hardship.*” (resaltado mío). Disponible en: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1958-60v06/d499>

sonas a largo plazo, al menos se debe reconocer, desde el lugar cómodo de los que defienden esto, que hasta ese momento se destrozarán muchos de los derechos humanos, todo lo que se dice proteger y defender.

Dicho esto, varios son los ámbitos del ordenamiento jurídico internacional a destacar, de los que cabe colegir la existencia de una norma de derecho consuetudinaria sobre un mínimo de protección a exigir en materia de derechos humanos en la aplicación de medidas coercitivas económicas. Vale resaltar algo ya apuntado antes de continuar. Se ha sostenido previamente la consolidación de la norma consuetudinaria sobre, *inter alia*, la abstención de *aplicación y promulgación* de medidas coercitivas como las que implica la “Ley Helms-Burton”. Y uno de los factores tomados en cuenta por la comunidad internacional para su consagración fue la *preocupación* “por los efectos negativos de esas medidas sobre la población cubana y los nacionales de Cuba residentes en otros países”.<sup>65</sup> Tomando en cuenta que se refiere a un caso extremo de “sanciones” económicas, por su magnitud y extensión, es la afirmación de la existencia de una norma de derecho consuetudinario con implicaciones prohibitivas en afectaciones importantes de los derechos humanos de la población del Estado sometida a estas medidas. Otras esferas de las que cabe colegir la existencia de una norma consuetudinaria sobre un *mínimo de protección* ante medidas coercitivas unilaterales serían:

En el *ámbito convencional de los derechos humanos*, como ya se ha señalado, no es posible encontrar un límite absoluto a la aplicación de medidas coercitivas unilaterales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece en su artículo 46 que “(n)inguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”, y ello ha sido relevante para que el Comité de Derechos Humanos destaque la imposibilidad de evaluar directamente, de conformidad con las disposiciones del pacto, las decisiones del Consejo de Seguridad relativas a medidas económicas con impacto en personas bajo la jurisdicción de un Estado parte.<sup>66</sup>

Esto no es óbice para que haya afirmado que “tiene competencia para examinar la compatibilidad con el Pacto de medidas nacionales adoptadas atendiendo a una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, como en efecto realizó, para “averiguar hasta qué punto las obligaciones impuestas al Estado parte por las resoluciones del Consejo de Seguridad pueden justificar el menoscabo del derecho a circular libremente, protegido por el artículo 12 del Pacto”<sup>67</sup>. De este modo ha considerado la violación por el Estado aplicador de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad, del derecho reconocido en el mencionado artículo 12 del Pacto<sup>68</sup>, así como del artículo 17 por “ataques ilegales al honor y reputación de los autores” por el papel que tuvo el Estado en la transmisión de los nombres de personas en las listas de sanciones de las Naciones Unidas.<sup>69</sup>

---

65 Resolución “Necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos de América contra Cuba”, Asamblea General, A/78/L.5, 11 de octubre de 2023, párr. 7 del preámbulo.

66 Dictamen, Comunicación No. 1472/2006, CCPR/C/94/D/1472/2006, 9 de diciembre de 2008, párr. 10.3 (Versión original en inglés).

67 *Ibid.*, párr. 10.6.

68 *Ibid.*, párr. 10.8.

69 *Ibid.*, párr. 10.13.



El alcance de las obligaciones establecidas en este Pacto se relaciona directamente con los efectos que pueden tener las sanciones económicas. Las medidas de este tipo, que en muchas ocasiones por su alcance y magnitud tienen afectaciones generales a la población, es difícil que pueda conciliarse con las obligaciones a exigir a un Estado con relación a la protección de derechos como el reconocido en el artículo 6.1 del Pacto (derecho a la vida).<sup>70</sup> Es relevante también como contención a estas medidas el artículo 1, párrafo 2, al establecer que “(e)n ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”. En un espíritu de evitar una especie de “tierra arrasada” con cualquier medida a tomar por el Estado, aun cuando reconoce necesarios límites y restricciones a los derechos humanos reconocido en el Pacto, es que también se pone de manifiesto ciertos derechos *inderogables* o *inviolables* que no pueden ser suspendidos ni siquiera “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”.<sup>71</sup>

Se ha objetado, sin embargo, que las circunstancias por las cuales pueden ser extraterritoriales las obligaciones del Pacto, incluya los actos que tienen efecto en personas fuera de su territorio o jurisdicción, como es el caso de las sanciones económicas contra otro Estado.<sup>72</sup> El artículo 2 (1) del Pacto establece la obligación del Estado de “respetar y 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” (subrayado del autor), y la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos –común a la que realizan los órganos internacionales encargados de interpretar y aplicar tratados de derechos humanos–, ha sostenido que “(e)sto 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”.<sup>73</sup> El remate para un grupo de autores es que “(i)t would be difficult to conclude that the imposition of economic sanctions as such constitutes extraterritorial exercise of jurisdiction”.<sup>74</sup> Al argumentar que es no es fácil determinar la morfología del “control” o “autoridad” que pueda determinar la jurisdicción del Estado, encaran de forma sorprendente la opinión del Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 36, sobre el alcance de las obligaciones del Estado con respecto al derecho a la vida de personas fuera de su territorio. El Comité sostuvo en esta opinión que los Estados

---

70 “La obligación de proteger la vida también implica que los Estados deberían adoptar medidas adecuadas para abordar las condiciones generales en la sociedad que puedan suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar con dignidad de su derecho a la vida.” Observación general núm. 36, Artículo 6: Derecho a la vida, CCPR/C/GC/36, 2019, párr. 26. Esta referencia también se puede encontrar en: AKANDE, D.; AKHAVAN, P.; BJORGE, E., “Economic Sanctions, International Law, and Crimes Against Humanity: Venezuela’s ICC Referral”, *cit.*, pp.504-505.

71 Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

72 AKANDE, D.; AKHAVAN, P.; BJORGE, E., “Economic Sanctions, International Law, and Crimes Against Humanity: Venezuela’s ICC Referral”, *cit.*, pp.504-505.

73 Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, párr.10. Sobre este particular, ver: Joseph, Sarah; Castan, Melissa, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials, and Commentary*, Third Edition, Oxford University Press, 2013, pp.92–112; Taylor, Paul M., *A Commentary on the international covenant on civil and political rights*, Oxford University Press, 2020, pp.64-66.

74 AKANDE, D.; AKHAVAN, P.; BJORGE, E., “Economic Sanctions, International Law, and Crimes Against Humanity: Venezuela’s ICC Referral”, *cit.*, p.505.

“deben adoptar medidas apropiadas, legislativas y de otra índole, para que todas las actividades que tengan lugar íntegra o parcialmente dentro de su territorio y en otras zonas sometidas a su jurisdicción, pero que afecten de manera directa y razonablemente previsible al derecho a la vida de personas fuera de su territorio (...) sean compatibles con el artículo 6 (...)”<sup>75</sup>

Los referidos autores consideran entonces que, en casos en que las sanciones contra otro Estado provoquen situaciones de afectaciones al derecho a la vida (como hambrunas, por ejemplo), “it will be necessary to establish that this was a direct and foreseeable consequence of such measures.”<sup>76</sup> No parece ser un argumento convincente para soportar como premisa general, al amparo del PIDCP, la exclusión de responsabilidad de un Estado por las consecuencias negativas en el derecho a la vida de personas de otro Estado al cual se puedan dirigir las sanciones económicas. La afectación *directa* y la *razonable previsibilidad* de esta por medidas económicas de este tipo, como ya hemos apuntado, está avalada muchas veces por una congruencia de la realidad de los hechos con los objetivos que expresamente persiguen. Nada más *razonablemente previsible* de la *afectación directa* al derecho a la vida que sanciones generales contra un Estado o contra *objetivos claves o fundamentales* de la economía –como ya vimos–, con la lógica consecuente de privar o dañar al Estado víctima de los medios e infraestructuras que pueden garantizar el acceso de las personas a *bienes y servicios esenciales* (alimentos, agua, atención de la salud, etc.).

Algunos problemas de jurisdicción también parece despertar el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales para el cumplimiento de sus obligaciones por un Estado parte en caso de “sanciones” contra otro Estado.<sup>77</sup> Sin embargo la interpretación realizada por el Comité del Pacto no deja lugar a dudas sobre su aplicabilidad en estas circunstancias. El artículo 2 (1) reconoce expresamente el *compromiso* de los Estados “a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”<sup>78</sup> De conjunto con otras disposiciones del Pacto, como los artículos 11<sup>79</sup>, 15<sup>80</sup>,

---

75 Observación general núm. 36, Artículo 6: Derecho a la vida, *cit.*, párr. 26.

76 AKANDE, D.; AKHAVAN, P.; BJORGE, E., “Economic Sanctions, International Law, and Crimes Against Humanity: Venezuela’s ICC Referral”, *cit.*, p.506.

77 Se ha dicho en este sentido que: “The obligation to achieve, particularly by legislative measures, the full realization of the rights under the ICESCR is by its nature territorial in scope.” *Ibid.*, p.506.

78 Artículo 2 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

79 El artículo 11.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

80 El artículo 15.4: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

22<sup>81</sup> y 23<sup>82</sup>, que marcan una proyección de cooperación internacional en el cumplimiento del tratado, el Comité ha observado que

“de acuerdo con los Artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del derecho internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados. Corresponde particularmente a los Estados que están en condiciones de ayudar a los demás a este respecto.”<sup>83</sup>

De modo mucho más explícito fue el Comité en su Observación general No. 8 de 1997, titulada “Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales”. De la obligación contenida en el mencionado artículo 2 (1), fue rotundo en sostener: “Cuando el Estado afectado es también un Estado Parte, los demás Estados son doblemente responsables de respetar y tener en cuenta las obligaciones pertinentes. Si se imponen sanciones a Estados que no son parte en el Pacto, se aplicarán en todo caso los mismos principios, teniendo en cuenta los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos vulnerables se consideran parte del derecho internacional general (...)”.<sup>84</sup>

En lo que concierne a los límites de los Estados en virtud de este Pacto, el Comité “no discute en modo alguno la necesidad de imponer sanciones en casos adecuados de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas o de otras normas aplicables de derecho internacional”, pero pudo advertir entonces “consecuencias dramáticas en los derechos reconocidos en el Pacto” por la imposición de sanciones.<sup>85</sup> Observó en consecuencia que tanto el *Estado objeto de las sanciones* como “la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado”.<sup>86</sup>

Esta realidad sobre los derechos humanos también resalta en el *marco de las medidas adoptadas o autorizadas por organizaciones internacionales*, ya sea universales (Organización de

---

81 El artículo 22: “El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.”

82 Artículo 23: “Los Estados Partes en el presente Pacto convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados.”

83 Observación general núm. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/1991/23, 1990, párr. 14.

84 Observación general núm. 8: Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales, *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/1997/8, 1997, párr. 8

85 *Ibid.*, párr.3.

86 *Ibid.*, párr. 7.

las Naciones Unidas) o regionales (Unión Europea, Comunidad Económica de Estados de África Occidental). El régimen de sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha ido incorporando un enfoque más restrictivo en el alcance de las sanciones en su evolución, y sobre todo tras la Guerra Fría.<sup>87</sup> El componente humanitario, tan debatido desde las sanciones a Iraq en 1991, *inter alia*, fue uno de los elementos más fuertes que permitió repensar sus objetivos y alcance, y que se reformulara las dimensiones “generales” en su aplicación –sin rumbos claros en muchas ocasiones sobre sus objetivos, lastradas de un alto coste humanitario– hacia objetivos más “específicos”, más “selectivo”, con menos consecuencias humanitarias. Se procedió entonces, desde amplias y abarcadoras en lo económico y comercial, a una concreción en los objetivos, restringidas por lo general a *prohibiciones de viajes, congelación de activos y embargo de armas*, entre otras.<sup>88</sup> Aunque limitadas en sus objetivos, tampoco estas se escapan de las “excepciones humanitarias” las que son atendidas por los comités de sanciones establecidos para cada régimen. Vale destacar recientemente la Resolución 2664 del Consejo de Seguridad de 9 de diciembre de 2022, sobre la “exención humanitaria” a medidas concernientes a la congelación de activos que se imponen por los regímenes de sanciones.<sup>89</sup> Importante es destacar también que la imposición y levantamiento de sanciones se ha intentado dotar de “procedimientos justos y claros” –como da cuenta, por ejemplo, la instalación de un *Punto Focal para las Solicitudes de Supresión de Nombres de las Listas* o de una *Oficina del Ombudsman para actuar ante el Comité de Sanciones contra el Daesh y Al-Qaida*–, que buscan afinar de forma correcta la aplicación de estas sanciones a personas y entidades.<sup>90</sup>

En el seno de la Unión Europea, las medidas restrictivas (sanciones) que se toman en los contornos de la Política Exterior de Seguridad Común (cuya competencia se basa fundamentalmente en los artículos 29 TUE y 215 TFUE), no son ajenas al aspecto humanitario, además de desarrollar un notable control judicial en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de estas medidas con relación a los derechos fundamentales de las personas físicas o jurídicas.<sup>91</sup> En las *Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas restrictivas (sanciones)*, de 8

87 Sobre el enfoque de las sanciones adoptadas o autorizadas por el Consejo de Seguridad, consultar: BEN-NOUNA, M., “Les sanctions économiques des Nations Unies”, *Recueil des cours, Hague Academy of International Law*, vol. 300, 2002, pp.13-77; BERMEJO GARCÍA, R., “Algunos comentarios sobre las sanciones del consejo de seguridad de las naciones unidas y la protección de derechos humanos: luces y sombras”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 7, núm. 2, 2013, pp.16-40.

88 “Como resultado de la creciente preocupación por los efectos humanitarios de las sanciones generales, el Consejo de Seguridad dejó de imponerlas después de los casos del Iraq, la ex Yugoslavia y Haití, y pasó a usar exclusivamente sanciones en los ámbitos de las finanzas, la diplomacia, las armas, la aviación, los viajes y los productos básicos, tratando de lograr que afectaran a las partes beligerantes y a las autoridades más directamente responsables de políticas censurables.” *Grupo de Alto Nivel, Informe sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, 2004, párr. 80.

89 Resolución 2664 del Consejo de Seguridad de 9 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/736/78/PDF/N2273678.pdf?OpenElement>

90 *Vid.*, por ejemplo, en la página web del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas, todo lo concerniente a las “Sanciones”, y en especial a estos mecanismos. Disponible en: <https://www.un.org/securitycouncil/es/sanctions/information>

91 *Vid.*, recientemente: PÉREZ DE NANCLARES, J. M., “El control jurisdiccional del TJUE en materia de medidas restrictivas adoptadas en el ámbito de la PESC: el equilibrio entre ‘efectividad’ y ‘legalidad’”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 75, 2023, pp. 91-129.

de diciembre de 2003, con actualización de 2018, además de su *conformidad* con el Derecho internacional, estas “deben respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular las debidas garantías procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva”, así como “deben guardar proporción con su objetivo”, y “redactarse teniendo en cuenta la obligación que el artículo 6.3 del TUE impone a la UE de respetar los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho de la Unión”.<sup>92</sup> En las *Prácticas recomendadas para la aplicación eficaz de medidas restrictivas*, actualizadas en 2022, se enfatiza en los *derechos fundamentales de las personas y entidades* cuando se trate de las *derogaciones* de las medidas restrictivas, que puede autorizar una autoridad nacional competente con respecto a las prohibiciones contenidas en los reglamentos de la UE<sup>93</sup>, y también contempla “autorizaciones por razones humanitarias”<sup>94</sup>, entre otras disposiciones. En los *Principios Básicos sobre la Aplicación de Medidas Restrictivas (Sanciones)* de 7 de junio de 2004, se reconocía expresamente que si bien el *objetivo* de las sanciones era “obtener la máxima repercusión en las personas cuyos comportamientos se pretende modificar”, también se acotaba en los siguientes términos: “Esta orientación reducirá al máximo cualquier efecto adverso de tipo humanitario o consecuencias involuntarias para las personas no afectadas o los países vecinos. Un modo de conseguirlo son medidas tales como el embargo de armas, la prohibición de visados o la congelación de fondos.”<sup>95</sup>

En el continente africano, posiciones similares se puede advertir al aplicar sanciones económicas del tipo que se imponen en el marco de la *Comunidad Económica de Estados de África Occidental* (CEDEAO). Aunque la toma en cuenta de factores humanitarios suele tener exigencias desde otros actores de la comunidad internacional, esta organización no está desprovista de regulaciones jurídicas para reglar este tipo de excepciones. De este modo, junto a la posibilidad de adoptar sanciones contra los Estados miembros (artículos 77 del tratado constitutivo de la Comunidad<sup>96</sup>, 45 del *Protocolo sobre democracia y buena gobernanza* –complementario del *Protocolo relativo al Mecanismo de prevención, gestión, resolución de conflictos, mantenimiento de la paz y seguridad*–, entre otras disposiciones concernientes a este tema), el *Acta complementaria A/SP.13/02/12 sobre sanciones contra los Estados miembros que incumplan sus obligaciones con la CEDEAO*<sup>97</sup> establece en alguno de sus artículos estas preocupaciones por la cuestión humanitaria. El artículo 4.4 establece, al definir el propósito de las sanciones,

92 *Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas restrictivas (sanciones)*, párrs. 9-10. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5664-2018-INIT/es/pdf>

93 *Prácticas recomendadas para la aplicación eficaz de medidas restrictivas*, párrs. 76 y ss. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10572-2022-INIT/es/pdf>

94 *Ibíd.*, párr. 86bis.

95 *Principios Básicos sobre la Aplicación de Medidas Restrictivas (Sanciones)*, 7 de junio de 2004, párr. 6. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10198-2004-REV-1/es/pdf>

96 Economic Community of West African States (Ecowas), Revised Treaty. Disponible en: <https://www.ecowas.int/wp-content/uploads/2022/08/Revised-treaty-1.pdf>

97 Supplementary Act A/SP.13/02/12 on Sanctions Against Member States that Fail to Honour their Obligations to ECOWAS.

que “(a)s far as it is possible, sanctions shall not affect the delivery of humanitarian aid to people in the concerned Member State”.<sup>98</sup>

En el ámbito nacional la preocupación también se encuentra en las legislaciones relativa a las sanciones económicas a otros Estados. En cumplimiento de resoluciones del Consejo de Seguridad, o al amparo de organizaciones como la UE, o cuando tienen un carácter autónomo, por lo general son normativas jurídicas que establecen licencias o autorizaciones por razones humanitarias. Esto no excluye sensaciones de gran cinismo y aplicaciones de difícil recorrido por estar emboscadas en contradicción con otras disposiciones, como el resultado en muchos casos de la aplicación de este tipo de excepciones. Pero en cualquier caso, es un reconocimiento que forma parte de la práctica estatal, como puede advertirse de las *exenciones*, *excepciones* o *autorizaciones* relativas a la asistencia humanitaria y al comercio presentes en gran parte del largo listado de programas de sanciones que administra la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos-<sup>99</sup>, en el régimen de sanciones en Reino Unido al amparo de la *Ley de sanciones y lucha contra el blanqueo de capitales* de 2018<sup>100</sup>, entre otros tantos.<sup>101</sup>

En la práctica estatal se muestran en no pocas ocasiones como excepciones abrumadas e inviábiles por el efecto devastador del conjunto de medidas de coerción en la cual se insertan. En un mundo en que la confianza, la seguridad, y otros tantos factores espirituales y materiales, influyen de manera decisiva en el movimiento de las finanzas, los capitales y las inversiones en una economía mundial profundamente interconectada, las posibles excepciones serían una especie de salvavidas de papel para el hombre que se hunde con toneladas de acero colgadas de sus piernas. Este es el sentido en que la CIJ rebatió los argumentos de Estados Unidos ante la solicitud de medidas provisionales por Irán en el asunto *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* de 2018. Irán habían alegado un *riesgo de perjuicio irreparable* a la seguridad y protección de las aerolíneas por las sanciones norteamericanas de 6 de agosto de 2018<sup>102</sup>, lo que a su vez ponía en peligro la vida de pasajeros y tripulantes iraníes, o de otras partes, así como la salud de los iraníes que depende del transporte de recursos humanitarios. El Estado norteamericano intentó contrarrestar los argumentos de Irán al apelar a la existencia de autorizaciones y excepciones a las sanciones impuesta a Irán en 2018 que permitían actividades relacionadas con la asistencia humanitaria. La CIJ sin embargo sostuvo con gran acierto:

“(…) while the importation of foodstuffs, medical supplies and equipment is in principle exempted from the United States’ measures, it appears to have become more difficult in practice, since the announcement of the measures by the United States, for Iran, Iranian companies and nationals to obtain such imported foodstuffs, supplies and equipment. In

98 Ibid., párr. 4.4

99 Vid., “Sanctions Programs and Country Information”, *Office of Foreign Assets Control, U.S. Department of the Treasury*. Disponible en: <https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information>

100 Vid., “Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018”, *legislation.gov.uk*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/13/contents>

101 Puede consultarse el estado de las legislaciones nacionales en esta materia en: <https://ezine.eversheds-sutherland.com/global-sanctions-guide/>

102 Executive Order 13846 of August 6, 2018 Reimposing Certain Sanctions With Respect to Iran.

this regard, the Court observes that, as a result of the measures, certain foreign banks have withdrawn from financing agreements or suspended co-operation with Iranian banks. Some of these banks also refuse to accept transfers or to provide corresponding services. It follows that it has become difficult if not impossible for Iran, Iranian companies and nationals to engage in international financial transactions that would allow them to purchase items not covered, in principle, by the measures, such as foodstuffs, medical supplies and medical equipment.”<sup>103</sup>

De esta sentencia, como expresión del ámbito jurisdiccional internacional, puede destacarse que permitió al tribunal apuntar en contra de la imposición de “sanciones” unilaterales por una parte en un tratado cuando ponga en *riesgo irreparable* los derechos de otro Estado parte vinculados a “la importación y compra de bienes requeridos para necesidades humanitarias”. Irán alegó el incumplimiento de las obligaciones del *Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre Irán y los Estados Unidos de América* de fecha 15 de agosto de 1955 ante la imposición de “sanciones” por Estados Unidos a Irán y a ciudadanos y empresas de ese Estado. Un tratado que, por cierto, había servido de modelo al *Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1956 celebrado entre Nicaragua y los Estados Unidos* que analizó la CIJ en *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*.<sup>104</sup>

En el análisis de la solicitud de medidas provisionales presentadas por Irán, la CIJ consideró “that certain rights of Iran under the 1955 Treaty invoked in these proceedings that it has found plausible are of such a nature that disregard of them may entail irreparable consequences.”<sup>105</sup> En la opinión de la CIJ “a prejudice can be considered as irreparable when the persons concerned are exposed to danger to health and life”<sup>106</sup>. Las “sanciones” de Estados Unidos precisamente entrañaban “the potential to endanger civil aviation safety in Iran and the lives of its users”, así como las “restrictions on the importation and purchase of goods required for humanitarian needs” podrían tener “a serious detrimental impact on the health and lives of individuals on the territory of Iran”.<sup>107</sup> Por tal razón la CIJ consideró que:

“(...) the United States, in accordance with its obligations under the 1955 Treaty, must remove, by means of its choosing, any impediments arising from the measures announced on 8 May 2018 to the free exportation to the territory of Iran of goods required for humanitarian needs, such as (i) medicines and medical devices; and (ii) foodstuffs and agricultural commodities; as well as goods and services required for the safety of civil aviation, such as (iii) spare parts, equipment and associated services (including warranty, maintenance, repair services and safety-related inspections) necessary for civil aircraft.

---

103 *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018, párr. 89.

104 Declaration of Judge *ad hoc* Momtaz, *cit.*, párr. 17.

105 *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018, párr. 90.

106 *Ibid.*, párr. 91

107 *Ibid.*, párr.91.

To this end, the United States must ensure that licences and necessary authorizations are granted and that payments and other transfers of funds are not subject to any restriction in so far as they relate to the goods and services referred to above.”<sup>108</sup>

De forma *análoga* también se puede reflejar, como hizo el relator de la CDI en el tema de las contramedidas, normas relativas al derecho internacional humanitario que han pasado a constituirse en normas de derecho consuetudinario para fundamentar límites a tener en cuenta. El artículo 54, en su párrafo 1, del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, establece la prohibición de hacer pasar hambre como método de guerra. Considerada como norma de derecho internacional consuetudinario<sup>109</sup> –con réplica en su regulación como crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>110</sup>– se relaciona también con la *prohibición* de “atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil” (artículo 54, párrafo 2), así como con las “garantías fundamentales” del artículo 75. En el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, en su artículo 14, relativa a la “protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”, esta prohibición de hacer padecer hambre también se reconoce con relación a los “bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”. Ni siquiera en *estados de sitio o bloqueos o embargos* se excluye esta prohibición. No se prohíben ni el uno ni el otro “siempre que tengan por finalidad alcanzar un objetivo militar y no hacer padecer hambre a la población civil”.<sup>111</sup>

## V. CONCLUSIONES

El análisis de las medidas unilaterales económicas, con respecto al principio de no intervención en el derecho internacional, se ha destacado en el trabajo, enfrentan un debate esquivo o, cuando no, la defensa de una pretendida cobertura jurídica que hace palmario el *componente justificativo* de los Estados como delineador omnicompreensivo de las opiniones jurídicas entre los expertos. En cualquier caso, y pese a notables escollos que se pueden encontrar en este camino, es imperativo dilucidar en el caso concreto si es posible advertir los componentes de una “coerción” económica constitutiva de una intervención. El análisis caso a caso, antes de apotegmas o posiciones abstractas que aboguen hasta el extremo por simples actos de interferencias sin implicaciones jurídicas, parece ser lo más conveniente.

El nivel de tolerancia en el derecho internacional con respecto a las “sanciones” unilaterales económicas, que la academia retrata con razón y la práctica confirma con bastante asiduidad,

108 Ibid., p. 98.

109 HENCKAERTS, J.; DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p.207.

110 El artículo 8.2, b), establece como crimen de guerra: “xxv): Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra”. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

111 HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas, cit.*, pp.209 y 210.



es producto de la incapacidad de la comunidad internacional para alcanzar obligaciones convencionales o establecer normas de derecho consuetudinario que pongan límites necesarios mucho más profundos a esta práctica tan nociva para los derechos humanos. Es una materia sensible para los Estados, que se debate como arma conveniente de dominio y hegemonía, mientras que para otros (los perjudicados) es un calvario que deben llevar como cruz cuando se convierten en el objetivo de sus aplicaciones.

La complejidad del tema estriba en la necesidad de su aplicación para determinados casos de extrema gravedad para los derechos humanos de la población de un Estado y en una instrumentalización política francamente incompatible con principios y normas del orden jurídico internacional. Cuándo se debería aplicar “justamente”, es tal vez la interrogante que subyace en esta disyuntiva, y que el derecho internacional no ha querido afrontar con toda la contundencia que se requiere. Colocar en un mínimo las garantías de los derechos humanos con su aceptación, como hace el estado actual del derecho internacional de los derechos humanos, no es suficiente.

Cabría la pena reflexionar, aunque sea de *lege ferenda*, la conveniencia de luchar contra la aplicación de un derecho internacional desprovisto de cualquier consideración ética cuando esas medidas precisamente pueden *incidir, contribuir* o ser *decisivas* en privar el ejercicio de los derechos humanos de una forma “dramática”, o hacer peligrar la subsistencia de amplios sectores de la población. Es este un ámbito en que la comunidad internacional muestra todas sus fisuras éticas, y que se acompaña de un orden jurídico internacional cuya producción o creación normativa, por sus propias características, se desarrolla al compás de la práctica y la *opinio juris* de las grandes potencias mundiales. Es esto lo que impide, precisamente, la existencia de normas consuetudinarias y obligaciones convencionales que reglen *justamente* las relaciones económicas entre los Estados sobre la base de proscribir la práctica de “medidas coercitivas unilaterales” que causen sufrimiento y daños irreparables a una población.

Sea cual sea la esfera de aplicación, la instrumentalización y el rol asignado por los victimarios en su política exterior con estas medidas, hace que los efectos negativos en los derechos humanos parezcan no encontrar remedio ni siquiera en un plano verticalizado. Si el ideal para un control, seguimiento y posibles límites en su aplicación debe alcanzarse con su *comunitarización* –y ojalá así sea–, el ejemplo de Consejo de Seguridad tampoco ha resultado adecuado, como se ha denunciado en reiteradas ocasiones. Un órgano de este tipo, cuyos miembros permanentes son los principales impulsores y defensores de estas medidas, a la vez que capitalizan el interés por cualquier tema internacional en su política exterior, no brinda las mejores garantías para superar la inadecuación en su aplicación.

Al defender al menos la consolidación de una norma consuetudinaria en contra de prácticas sancionatorias del calibre de la conocida “Ley Helms-Burton” contra Cuba, en este trabajo se sostiene que, aun con la existencia de un grupo minoritario de Estados que expresamente se opone, cabe pensar en la posición mayoritaria en la comunidad internacional que consideran contrario al orden jurídico internacional las medidas coercitivas unilaterales. Esto es importante para el *eventual* nacimiento de un derecho consuetudinario, que puja ante una posición privilegiada que ostenta varios Estados en la creación normativa en derecho internacional por vía consuetudinaria, pero también como un medidor de lo *moral* e *inmoral* en la comunidad internacional.



# SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL, DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y RESIDENCIA POR ARRAIGO LABORAL. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 414/2024, DE 24 DE ENERO

## *INTERNATIONAL PROTECTION APPLICANTS, RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY, AND RESIDENCE BY LABOUR ROOTS: REGARDING SUPREME COURT RULING 414/2024, DATED JANUARY 24TH*

GABRIEL DE LA MORA GONZÁLEZ\*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD PARA SOLICITAR RESIDENCIA POR ARRAIGO LABORAL III. LA COMPATIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE ASILO CON LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA IV. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA SOLICITANTE DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL V. SOBRE LA REALIDAD SOCIAL Y EL PRESUNTO USO ABUSIVO DEL PROCEDIMIENTO DE ASILO. VI. CONCLUSIONES

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de enero de 2024 ha generado notable polémica al ser posible deducir que los períodos cotizados por la persona solicitante de protección internacional durante la pendencia del recurso de reposición cuando la solicitud haya sido denegada no pueden computar para acceder a la residencia inicial por arraigo laboral. Todo ello motivado, presuntamente, en la imposibilidad de considerar dicho período como estancia conforme el ordenamiento interno por la deficiente transposición del derecho comunitario a un recurso efectivo en materia de asilo y tampoco como residencia según el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE. Esta interpretación, sin embargo, no parece ser coherente con la reciente doctrina del alto tribunal por la que se reconoce la validez de realizar una interpretación conforme con la normativa comunitaria de recursos de asilo a través de las medidas cautelares establecidas en el ordenamiento interno, pero tampoco en relación a la propia naturaleza de la condición jurídica de la persona solicitante de protección internacional ni con los principios generales del procedimiento administrativo, el recurso de reposición y el sistema cautelar. A este respecto se propone reconocer que la situación jurídica del solicitante de protección internacional en España es, a todos los efectos, una estancia legal de carácter temporal y excepcional con pleno encaje en la normativa de extranjería, pero desarrollada por la de asilo, que es compatible con los procedimientos de extranjería y que además se proroga de forma inalterada en vía de recursos, ofreciendo soluciones alternativas al uso abusivo del procedimiento de asilo de conformidad con una eficaz gestión pública y el derecho a una buena administración.

**PALABRAS clave:** Derecho de asilo, Directivas europeas, protección internacional, derecho a un recurso efectivo, efectos suspensivos de recursos, medidas cautelares, derecho a permanecer, derecho a trabajar, derecho a documentación, solicitantes de protección internacional, residencia legal, arraigo, arraigo laboral.

**ABSTRACT:** *The Supreme Court in its ruling of January 24, 2024, has sparked considerable controversy by suggesting that periods of contributions by an applicant for international protection during the pendency of an appeal when the application has been denied cannot be counted towards qualifying for initial residency based on*

---

Fecha de recepción del trabajo: 18 de marzo de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de mayo de 2024.

\* Letrado del Ilustre Colegio de Abogados/as de Salamanca nº2975 y del Servicio jurídico del Área de Acogida y Protección Internacional de la Fundación Cepaim. Email: [g.delamora.glez@icasal.com](mailto:g.delamora.glez@icasal.com)

work ties. This is purportedly motivated by the impossibility of considering such periods as stays in accordance with domestic law due to the inadequate transposition of EU law into an effective asylum recourse and also not as residency under Article 9 of Directive 2013/32/EU. However, this interpretation does not seem consistent with the recent doctrine of the high court, which acknowledges the validity of an interpretation in line with EU asylum recourse through precautionary measures established in domestic law, nor in relation to the legal status of the international protection seeker or the general principles of administrative procedure, appeal procedures, and the precautionary system. In this regard, it is proposed to recognize that the legal situation of the international protection seeker in Spain is, in all respects, a legal stay of a temporary and exceptional nature fully compliant with immigration law but developed under asylum law, which is compatible with immigration procedures and is also extended unchanged during the appeals process, offering alternative solutions to the abusive use of the asylum procedure in line with effective public management and the right to good administration.

**KEYWORDS:** Right of asylum, European Directives, international protection, right to an effective remedy, suspensive effects of appeals, precautionary measures, right to stay, right to work, right to documentation, international protection applicants, legal stay, legal residence, rootedness, labour settlement.

## I. INTRODUCCIÓN

Las personas *refugiadas* son aquellas que se encuentran fuera de su país y tienen temores fundados a regresar por determinados motivos (persecución, riesgo a sufrir daños graves) y su condición jurídica proviene de una situación de hecho de la que se derivan obligaciones jurídicas especialmente relevantes para el Estado fruto de convenios internacionales, normativa comunitaria e interna. Entre ellas el reconocimiento inmediato de la condición de *solicitante de protección internacional* y la obligación de no devolución desde el mismo instante en que la persona expresa su deseo de solicitar la protección, dando inicio al procedimiento de asilo durante el cual se deben garantizar el acceso a servicios públicos y unas mínimas condiciones de acogida entre las cuales se encuentra la entrega de documentación identificativa y acreditativa de la situación jurídica<sup>1</sup>. Es así que el acceso al procedimiento de asilo se configura en varios pasos: formulación, registro, presentación o formalización y admisión a trámite de la solicitud<sup>2</sup>, debiéndose garantizar todos los derechos vinculados a la condición de *solicitante* desde la mera formulación<sup>3</sup>.

Una vez admitida a trámite la solicitud de asilo, ya sea de forma expresa o más comúnmente por silencio administrativo transcurrido un mes desde la formalización, se procede a la instrucción del expediente por la Oficina de Asilo y Refugio y la redacción de una propuesta de resolución que una vez dictaminada por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio se convertirá en resolución del Ministro del Interior que en caso de estimarse contendrá la declaración o reconocimiento de la *condición de refugiada*, la concesión o constitución del *estatuto de protección subsidiaria* o, en España, la concesión de un *permiso excepcional de residencia por razones humanitarias* como tercer nivel de protección internacional, aplicándose además

- 
- 1 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 (refundición), DOUE-L-2013-81290
  - 2 EASO, Análisis judicial. Procedimientos de asilo y principio de no devolución, 2018, disponible en: <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/Asylum-Procedures-JA-ES.pdf>
  - 3 Considerando 27 y art. 2 y 6 de la Directiva 2013/32/UE en la interpretación dada por la STJUE de 25 de junio de 2020, C-36/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:495

numerosas disposiciones de carácter protector y asistencial dado el carácter especialmente vulnerable del colectivo pero, en todo caso, facilitándose a la persona una autorización de residencia legal conforme la legislación ordinaria de extranjería: de carácter permanente o larga duración en el caso de la persona refugiada y beneficiaria de la protección subsidiaria o una autorización de residencia inicial de un año de carácter excepcional y prorrogable según los casos, en el caso de las razones humanitarias de protección internacional. En caso de denegación contendrá los plazos para recursos de un mes para el recurso de reposición y dos meses para el recurso contencioso.

La normativa configura así una dicotomía de estatutos o situaciones legales de protección internacional: la situación de persona *solicitante* de carácter provisional y, posteriormente, de *beneficiaria de protección internacional* en el caso de que sea reconocida la necesidad de protección a través del procedimiento de asilo consolidándose los derechos y obligaciones como solicitante y entregándose permisos de residencia.

Sin embargo, la situación jurídica en España de *solicitante de protección internacional* reviste ciertas dificultades de comprensión jurídica al no aludirse a la misma en la normativa general de extranjería, obsoleta, obligando a acudir a la normativa comunitaria para encontrar una definición de la misma. Normativa comunitaria que no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico interno de forma completa con evidentes lagunas en perjuicio de las personas y generando graves problemas de inseguridad jurídica<sup>4</sup>. En este sentido en la Directiva 2013/32/UE<sup>5</sup> y la Directiva 2013/33/UE<sup>6</sup> únicamente se define a la persona *solicitante de protección internacional* o *solicitante* como “nacional de un tercer país o apátrida que haya *formulado una solicitud* de protección internacional sobre la cual todavía no se haya dictado una *resolución definitiva*”, constituyendo un especial situación jurídica que garantiza un amplio abanico de derechos y vinculada al procedimiento de asilo y de la que se deduce una regularidad de la situación, confirmado en la Directiva 2008/115/CE<sup>7</sup> y la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero no una situación de residencia legal conforme la normativa comunitaria que excluiría de forma general tal consideración durante el procedimiento de asilo, como se verá.

Es así que desde que el Tribunal Supremo reconfiguró en mayo de 2021 el tradicional planteamiento de los requisitos para el acceso a la residencia inicial por motivos de arraigo laboral al aceptar la legalidad de las relaciones laborales<sup>8</sup> se ha venido produciendo una continua discu-

4 GARCÍA VITORIA, I. (2019). Una década sin Reglamento de Asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes. En Anuario CIDOB de la Inmigración 2018, pp. 1-128.

5 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DOUE-L-2013-81289

6 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 (refundición), DOUE-L-2013-81290

7 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE-L-2008-82607

8 Art. 124.1 del 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-A-2011-7703](#) y en la interpretación dada por las [STS nº480/2021](#),

sión entre los operadores jurídicos sobre su aplicación a las personas solicitantes de protección internacional a las que se autoriza provisionalmente a trabajar “transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado”<sup>9</sup>, esto es, como solicitantes de protección internacional y transcurrido el plazo legal para resolver el procedimiento en vía administrativa, como reconocen el art. 19 y 24 de la Ley de Asilo.<sup>10</sup> Situación muy frecuente actualmente por la elevada demora del Ministerio del Interior en la resolución de los expedientes de asilo contando con retrasos incluso de varios años.

Desde hacía ya tiempo se venía produciendo un intenso debate sobre el acceso a la residencia por arraigo social y otras modalidades de residencia por motivos excepcionales por parte de las personas solicitantes de protección internacional, el cual parece que ya había sido superado en buena medida y tras la comunicación del Gobierno en septiembre de 2020<sup>11</sup> aceptando las recomendaciones dadas en este sentido por la Defensoría del Pueblo acerca de la plena compatibilidad de los procedimientos de extranjería y asilo<sup>12</sup>. No obstante, tras las sentencias sobre el arraigo laboral el Gobierno remitió a las Oficinas de Extranjería la Instrucción SEM 1/2021 por la cual interesaba requerir a quien presentara la solicitud de residencia por arraigo laboral que se encontrara en situación irregular al momento de la solicitud<sup>13</sup>, deduciéndose el intento de evitar su presentación por solicitantes de protección internacional. Requisito que posteriormente incluyó formalmente en la reforma de la normativa practicada en julio de 2022 además de indicar que la relación laboral previa hubiera sido “realizada en situación legal de estancia o residencia”<sup>14</sup>. Siendo así que hasta enero de 2024 había sido pacífico que podían computarse los períodos cotizados durante la pendencia de una solicitud de protección internacional, incluso tras su denegación inicial en fase de recursos y hasta constara resolución definitiva o judicial sobre la misma.

---

de 7 de abril, ECLI:ES:TS:2021:1184; STS nº599/2021, de 29 de abril ECLI:ES:TS:2021:1806; y STS nº643/2021, de 6 de mayo; ECLI:ES:TS:2021:1802

- 9 DA 21ª del 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-A-2011-7703,
- 10 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE-A-2009-17242
- 11 MISSM, “Los solicitantes de protección internacional podrán obtener una autorización de residencia sin renunciar a su estatus” 8 de septiembre de 2020, disponible online en: <https://www.inclusion.gob.es/web/guest/w/los-solicitantes-de-proteccion-internacional-podran-obtener-una-autorizacion-de-residencia-sin-renunciar-a-su-estatus>
- 12 Defensoría del Pueblo, Recomendación en la queja nº17007399: “Compatibilidad entre procedimientos de asilo y de extranjería. En particular, solicitudes de residencia por circunstancias excepcionales relativas a menores y trata de seres humanos”, disponible online en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/elaborar-en-coordinacion-con-la-subsecretaria-de-interior-una-instruccion-para-clarificar-la-compatibilidad-de-los-procedimientos-de-asilo-y-los-de-extranjeria-en-particular-las-solicitudes-de-res/>
- 13 MISSM, “Instrucción SEM 1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral”, disponible en: <https://lamercedmigraciones.org/noticias/arraigo-laboral-requisitos-solicitados-segun-nueva-instruccion/>
- 14 Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica 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, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, BOE-A-2022-12504

No obstante, cierto es que resultaba problemática la calificación de la situación de permanencia como regular/irregular del solicitante tras la denegación de la solicitud, especialmente por la dificultad de comprensión del asunto *Gnandi*<sup>15</sup> resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en 2018 y sobre el que se han venido apoyando buena parte de los debates. El tribunal dictaminó, sucintamente, que con la finalidad de poder tomar una decisión de retorno podía considerarse la permanencia del solicitante como irregular siempre que se garantizaran todos los derechos de acogida incluida la autorización para trabajar y hasta que constara resolución definitiva del asunto. El TJUE matizó en *Gandhi* el criterio que venía siguiendo tras el caso *Arslan*<sup>16</sup> que excluía cualquier atisbo de irregularidad de los solicitantes de asilo facilitando cobertura legal a los Estados para que pudieran tomar una decisión de retorno unida a la decisión desestimatoria de la solicitud de asilo con el objetivo de mejorar la eficacia del posible retorno. La cuestión suscitada y objeto de la cuestión prejudicial fue evaluar la compatibilidad con el Derecho comunitario de la adopción de la decisión de retorno contra el solicitante que vea rechazada su solicitud, pudiendo ser definida la situación jurídica como irregular pero únicamente a efectos de la aplicación de la Directiva 2008/115 de Retorno en relación a dicha cuestión concreta y aunque conste autorización para permanecer a la espera del recurso y siempre que se respetaran las garantías apuntadas.

De forma paralela, otro debate jurídico se ha venido produciendo en los últimos años en relación a la aplicación en España del derecho a un recurso efectivo en materia de asilo y motivado por la falta de transposición de las disposiciones comunitarias contenidas en las Directivas 2013/32/UE<sup>17</sup> y Directiva 2013/33/UE<sup>18</sup> que regulan un efecto automático de suspensión de los recursos con el mantenimiento de la condición de solicitante de protección internacional, el derecho a permanecer y el resto de derechos de acogida vinculados al mismo, en especial tras el asunto *CE c. Hungría*<sup>19</sup> e incluida la autorización para trabajar conforme el 15.3 de la Directiva 2013/33/UE, recepcionado por primera vez por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 2022<sup>20</sup>.

En este sentido desde 2021 la jurisprudencia española se ha venido adaptando al estándar europeo en relación a la situación de la persona solicitante de protección internacional durante la pendencia de recursos. En primer lugar, reconociendo la regularidad de la situación con el archivo o como mínimo suspensión de cualquier procedimiento de expulsión iniciado; posteriormente, aceptando la aplicación de medidas cautelares positivas tales como el derecho a la documentación o la autorización para trabajar; finalmente, llegando a reconocerse por el Tribunal Supremo la prórroga de la aplicación del estatuto legal como solicitante de protección internacional de forma inalterada y con los derechos inherentes al mismo.

---

15 STJUE de 19 de junio de 2018, asunto *Gnandi*, C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465

16 STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto *Arslan*, C534/11, ECLI:EU:C:2013:343

17 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DOUE-L-2013-81289

18 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 (refundición), DOUE-L-2013-81290

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

20 STS nº1582/2022, de 29 de noviembre, ECLI:ES:TS:2022:4365

Ambas cuestiones jurídicas, unido a la larga demora en la resolución de los expedientes de asilo, podrían estar generando un incremento paulatino de solicitantes de protección internacional que cumplirían los requisitos para acceder al arraigo laboral tras haber trabajado legalmente y cotizado durante meses tras la denegación del derecho de asilo en vía administrativa. Todo ello por las dificultades de la Administración para la gestión de los expedientes de asilo con retrasos en la tramitación de los mismos (1-5 años de demora en expedientes cuyo plazo máximo legal de resolución serían 6 meses) y, en particular, de los recursos de reposición (2-3 años cuando el plazo legal de resolución es de 1 mes). Según se afirma desde la Administración podrían estar generándose incentivos perversos que facilitarían el aumento del uso fraudulento del procedimiento de asilo con fines de regularización y en menoscabo de los derechos de las personas refugiadas y con necesidades de protección internacional.

Es en este marco en el que se pronuncia el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia nº 103/2024, de 24 de enero, cuya conclusión “es que la situación de mera permanencia y trabajo en España a los solicitantes de asilo, que le fuera denegada dicha petición y la impugnasen en vía administrativa y jurisdiccional, no puede servir para adquirir la residencia por arraigo laboral. De ahí que deba declararse que no ha lugar al presente recurso de casación”.<sup>21</sup>

Sin embargo, como se verá, el alto tribunal no ha podido estar más desafortunado en una materia que reconoce teóricamente compleja pero de indudable trascendencia práctica, generando más confusión de la ya existente al intentar resolver una problemática que compete, en exclusiva, al Gobierno y el Parlamento, quienes estarían demostrando una escasa asunción de responsabilidades descargando su mala gestión en las personas y los operadores jurídicos. En este sentido, el propio Tribunal Supremo lejos de dar solución a la problemática podría haberla empeorado, provocando un aumento de la conflictividad judicial al definir la situación legal del solicitante de protección internacional durante la pendencia de recursos como “permanencia” o “tolerancia” pero no como “residencia” o “estancia”, sin que conste en el Derecho interno tal nueva categoría al no haber remitido cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia como parece hubiera sido procedente dada la dificultad advertida por el propio tribunal.

## **II. LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD PARA SOLICITAR RESIDENCIA POR ARRAIGO LABORAL**

Antes de iniciar en análisis de la sentencia parece necesario aclarar el origen del litigio casacional. Y es que la misma tiene su origen en el debate sobre la exigencia del requisito de irregularidad para el acceso al arraigo laboral que el Gobierno incluyó vía instrucciones tras la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2021.

En abril de 2021 el alto tribunal aceptó como medio de prueba la aportación de informes de vida laboral que acreditaran las relaciones laborales dando por buenas, entonces, aquellas realizadas de forma regular o legal, facilitando una nueva solución a situaciones de irregularidad sobrevenida. En este sentido, la Sentencia interpreta la redacción del Reglamento de

---

21 STS nº103/2024, de 24 de enero, ECLI:ES:TS:2024:414



extranjería del arraigo laboral existente antes de agosto de 2022, confirmando la tesis seguida al respecto por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Navarra.

La sentencia recurrida en casación estimó “que para la concesión de estas autorizaciones excepcionales de residencia y trabajo se requiere que el extranjero esté en situación irregular, como lo estaba el demandante cuando solicitó protección internacional, puesto que se prevén precisamente para su regularización. Sin embargo, el recurrente no se encontraba en situación irregular en España que le habilitara a solicitar la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral prevista en el art. 124.1 del Real Decreto 557/2011<sup>22</sup>, sino que puede permanecer en España hasta que se resuelva su recurso de reposición y puede también trabajar, por lo que no puede acudir al régimen previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>23</sup>, y en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, hasta que se resuelva el recurso de reposición contra la Resolución que deniega la petición de asilo y la protección subsidiaria. En el mismo sentido puede citarse la STSJ Extremadura de 29-06-2022, R. Ap. 133/2022.”<sup>24</sup>

Por otro lado, la parte apelada, recurrente en casación, adujo cierta jurisprudencia comunitaria. En concreto la STJUE en el asunto *Gnandi*<sup>25</sup>, por la cual podría llegar a entenderse que tras la denegación administrativa del derecho de asilo la persona se encuentra en situación irregular aunque deba respetarse su derecho a permanecer y a trabajar como solicitante de asilo, atacando así al motivo expuesto en la sentencia impugnada para denegar el arraigo. Y, para ello, empleó como sentencia de contraste, además de la citada STJUE, la recepción de la misma por Tribunal Superior de Justicia de la Rioja<sup>26</sup> y que también estaba siendo empleada por algunos otros juzgados.

El Tribunal Supremo concluye que “no puede compartir los razonamientos que se contienen en el escrito de interposición del recurso para llegar a la conclusión del reconocimiento del derecho reclamado y ha de mantenerse el criterio acogido por el Tribunal territorial de Navarra”. Se reafirma por tanto la situación legal del interesado en fase de recurso de reposición como una situación regular y desde la que no podría accederse a una residencia legal por motivos de arraigo laboral.

De este modo no se pronuncia acerca de los frecuentes casos que se presentan por las personas que han podido ostentar la condición de solicitantes, en el pasado, pero a la fecha de la solicitud de arraigo se encuentran en situación irregular. Ya sea porque conste la firmeza de una resolución denegatoria o, porque tras meses o años de espera para resolver el expediente de asilo, se ha desistido de la solicitud o los recursos interpuestos contra una primera denegación en vía administrativa.

---

22 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-A-2011-7703](#), a partir de ahora “Reglamento de Extranjería” o “RELOEX”

23 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, [BOE-A-2000-544](#); a partir de ahora “Ley de Extranjería” o “LOEX”

24 STSJ de Navarra nº245/2022, de 21 de septiembre, ES:TSJNA:2022:524

25 STJUE de 19 de junio de 2018, asunto *Gnandi*, C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465

26 STSJ de La Rioja nº32/2023, de 2 de febrero, ECLI: ES:TSJLR:2023:68

Por ello la sentencia del TS alegada se refiere en exclusiva al caso por el cual la persona se encontraba pendiente de recurso de reposición pero no había desistido del mismo y, por tanto, se encontraba en situación regular en calidad de solicitante de protección internacional y con todos los derechos reconocidos, siendo así que el alto tribunal resuelve que no podría entonces acogerse o compatibilizar con el régimen de residencia por arraigo laboral aunque no figurara dicho criterio explícitamente en el Reglamento de extranjería (RELOEX)<sup>27</sup>. No obstante, sin especificar qué motivos o razones conducirían a tal incompatibilidad.

### III. LA COMPATIBILIDAD DE LA SOLICITUD DE ASILO CON LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA

La necesidad de irregularidad para el acceso a residencia por arraigo laboral es una cuestión que se consolidó con la reforma del Reglamento de extranjería practicada en 2022 positivizando dicho requisito que, por otro lado, no se aplicaba a otras residencias iniciales obtenidas por motivos excepcionales por arraigo, como el formativo de nueva creación, el social o el familiar, la residencia por motivos de violencia de género o la residencia de familiar comunitaria, coexistencia aceptada y determinada compatible por la propia Secretaria de Estado de Migraciones<sup>28</sup> e incluso el TSJ de Castilla y León quien ya había tenido ocasión de resolver sobre la tarjeta de familiar comunitario y el arraigo familiar<sup>29</sup>. Hasta reciente fecha perfectamente aclarado en cuanto en el Reglamento de extranjería no se reconoce la irregularidad de la situación jurídica como un requisito de estas variantes de residencia por motivos excepcionales, salvo para el acceso por arraigo laboral, siendo plenamente compatibles la condición de residente legal con la de solicitante de protección internacional.

Son ejemplos de la compatibilidad y coexistencia de ambos estatutos legales migratorios el art. 11 del Reglamento de asilo<sup>30</sup> que reconoce, en relación a la tramitación de la solicitud de asilo, que “supondrá la autorización de permanencia provisional en España, cualquiera que sea la situación jurídica del solicitante según la legislación de extranjería o la documentación de que disponga” o el art. 22 del Reglamento sobre la protección temporal que acepta que las personas beneficiarias de dicho estatuto migratorio –que ostentan autorización de residencia legal– “podrán, en su calidad de extranjeros, solicitar el reconocimiento de la condición de

---

27 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-A-2011-7703](#), a partir de ahora “Reglamento de Extranjería” o “RELOEX”

28 Contestación de la SEM dada al Defensor del Pueblo en la queja nº 21030423 aceptando las compatibilidades, 26 de abril de 2022, disponible en: <https://acogidayasilo.blog/2022/04/26/la-secretaria-de-estado-de-migraciones-confirma-la-compatibilidad-de-la-solicitud-de-asilo-con-la-tarjeta-de-familiar-comunitario/>

29 Sobre la compatibilidad del régimen comunitario la STSJ de Castilla y León nº715/2023, de 20 de junio, ECLI:ES:TSJCL:2023; sobre la compatibilidad con el arraigo familiar la STSJ de Castilla y León nº 650/2023, de 30 de mayo, ECLI:ES:TSJCL:2023:2826

30 Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, [BOE-A-1995-5542](#)

refugiado (...). Recordando esta especial norma que, en todo caso, “No se acumulará el beneficio de la protección temporal con los beneficios del solicitante de asilo cuando se esté tramitando la solicitud”<sup>31</sup>.

La compatibilidad ya fue puesta de relieve por la Defensoría del Pueblo, quien expuso en la queja nº18005254 que “Ni la normativa en materia de extranjería ni las normas aplicables a los familiares de ciudadanos de la Unión Europea contienen previsiones relativas a la incompatibilidad de los procedimientos que regulan con los procedimientos de asilo.”<sup>32</sup> Por el contrario, las directivas comunitarias incluyen disposiciones específicas que permiten que los Estados miembros puedan adoptar o mantener disposiciones más favorables para las personas a quienes se aplica conforme el art. 5 de la Directiva 2013/32/UE, el art. 4 de la Directiva 2013/33/UE o el art. 3 de la Directiva 2011/95/UE reconociendo esta última en su Considerando 40 que “Los Estados miembros podrán disponer, dentro de los límites establecidos por sus obligaciones internacionales, que la concesión de beneficios en materia de empleo, protección social, asistencia sanitaria e instrumentos de integración requiera la expedición previa de un permiso de residencia.”<sup>33</sup>, como sucede en Portugal que en las leyes de transposición de las Directivas de asilo regular la concesión de permiso de residencia provisional a los solicitantes de asilo tras la admisión a trámite de la solicitud por validez de 6 meses y renovable hasta resolución definitiva.<sup>34</sup>

En este sentido incluso en el art. 4 de la Directiva 2008/115/CE o de Retorno se reconoce que “se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país” y “sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”<sup>35</sup>.

Por ello, no parece que conste ninguna disposición legal o reglamentaria que prevea la incompatibilidad de la condición de solicitante de protección internacional con autoriza-

---

31 Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, [BOE-A-2003-19714](#)

32 Defensor del Pueblo, “Concesión de una autorización de residencia por arraigo a solicitante de protección internacional”, disponible online en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/conceder-la-autorizacion-de-residencia-por-arraigo-a-solicitante-de-proteccion-internacional/>

33 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 (refundición), DOUE-L-2011-82659

34 Act 26/2014, 5th May amending Act 27/2008, 30th June: The first amendment to Law 27/2008 of 30 June establishing the conditions and procedures for granting asylum or subsidiary protection and the statuses of asylum applicant, refugee and subsidiary protection transposing Council and European Parliament Directives 2011/95/EU, of 13th December, 2013/32/EU, of 26th June and 2013/33/EU, of 26th June, 5 May 2014, <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/2014/en/120342> [accessed 15 May 2024].

35 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE-L-2008-82607

ciones de estancia o residencia por motivos excepcionales. Incompatibilidad que sí sería predicable de la condición de persona *beneficiaria* de la protección (condición de refugiada, estatuto de protección subsidiaria o residencia por razones humanitarias) al conllevar aparejado dicho estatus un permiso de residencia temporal o permanente fruto precisamente de la resolución de la solicitud de asilo y, por tanto, incompatible con otras autorizaciones de residencia.

Y es que en la normativa comunitaria las únicas apelaciones de exclusión se refieren a las situaciones concretas de estancias o residencias contenidas en la Directiva 2011/98/UE sobre el permiso de residencia único<sup>36</sup>, la Directiva 2009/50/CE sobre residencia para trabajadores altamente cualificados<sup>37</sup>, la Directiva 2016/801/UE sobre estudiantes, investigadores y otros<sup>38</sup>, y la Directiva 2014/36/UE de estancia de trabajadores temporeros<sup>39</sup> relativas autorizaciones de carácter *ordinario* que excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a las personas beneficiarias y solicitantes de protección internacional puesto que las mismas son autorizaciones solicitadas desde el país de origen, contrastando con la protección internacional que se aplica, en exclusiva, a las personas extranjeras que se encuentran en el territorio comunitario o, en todo caso, bajo el control efectivo del Estado como reconoció inicialmente la jurisprudencia del TEDH en relación al principio de no devolución reconocido a partir del art. 3 del CEDH en el asunto *Hirsi Jamma*<sup>40</sup> aun siendo matizada en los pronunciamientos más recientes en “*A.C. y otros c. España*”<sup>41</sup> y especialmente en *N.D. y N.T. c. España*<sup>42</sup> donde el Tribunal acabó rechazando la violación del art. 3 en relación al art. 13 del CEDH por el rechazo en frontera y debido a las formas de acceder a la frontera grupal y violentamente pero asumiendo la aplicación del Derecho europeo en dicho contexto.

Sin embargo, no se pone en duda la responsabilidad del Estado y la aplicación del Derecho comunitario cuando las personas se encuentren bajo control aún fuera de su territorio, lo que ha sido reflejado por nuestro Tribunal Constitucional en el recurso de amparo contra las denominadas “devoluciones en caliente”<sup>43</sup> donde finalmente acogió la tesis favorable a

---

36 Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, DOUE-L-2011-82719

37 Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, DOUE-L-2009-81100

38 Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*, DOUE-L-2016-80864

39 Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros, DOUE-L-2014-80600

40 STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*

41 STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*

42 STEDH de 3 de octubre de 2017, *N.D. y N.T. c. España*

43 STC nº172/2020, de 19 de noviembre, ECLI:ES:TC:2020:172

la constitucionalidad de las mismas –cuestión todavía discutible y discutida-<sup>44</sup> pero reconociéndose, en todo caso, la responsabilidad del Estado español y la aplicación del Derecho interno en la frontera y sus márgenes por lo que, por motivo de la posible persecución, la urgencia del desplazamiento forzoso u otras causas relacionadas, se aceptaría que las personas no podrían obtener la documentación o los visados necesarios para acceder a tales permisos para huir regularmente del país de origen, hecho clave en materia del derecho de asilo y protección internacional. No obstante, el alto tribunal habría dado el visto bueno a la devolución si acaso la entrada irregular se produciría en ciertas condiciones específicas, como fue el caso analizado.

En todo caso, la normativa ampara de forma precisa aplicar de forma inicial los permisos de estancia o residencia obtenidos a través de la legislación ordinaria de extranjería y, una vez en territorio español, posteriormente, solicitar la protección internacional tras advertir riesgos ante un posible regreso, manifestando temores fundados a sufrir persecución o daños graves. Se trataría de la conocida como solicitud *sur place* reconocida en el art. 15 de la Ley de Asilo<sup>45</sup>; o incluso de forma concomitante, cuando la solicitud de tales autorizaciones se permita realizar en el territorio español de forma excepcional, como es el caso de la situación de estancia por estudios regulada en el art. 37.1.a) del Reglamento de extranjería u otros casos similares, siempre y cuando la persona “se halle regularmente en territorio español y presente la solicitud con una antelación mínima de un mes a la fecha de expiración de su situación” no siendo infrecuente el caso que, tras la entrada legal en España como turista, la persona solicite protección internacional y, a su vez, la estancia por estudios, contando con los ingresos y la documentación pertinente.

Esta situación previa a la solicitud de asilo se complementa con la previsión contenida en el art. 37 de la Ley de Asilo para el caso de inadmisión a trámite o denegación que determina una orden de retorno (salida obligatoria, traslado, etc.) salvo que se autorice la estancia o residencia por razones humanitarias o incluso “que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia” de lo que se deduce la aplicación de la legislación de extranjería y, por tanto, el acceso a los regímenes de estancia o residencia ordinarios o excepcionales contenidos en la misma, sin que parezca que la normativa vigente lo impida de forma alguna.

Sin embargo, la Administración parece empeñada en contrariar de forma tajante la propia normativa y su criterio previo<sup>46</sup>, aduciendo en sus últimas directrices –no publicadas oficialmente– en relación a la sentencia objeto de análisis que el procedimiento de asilo es del todo incompatible con cualquier autorización de residencia salvo el permiso para víctimas de tra-

---

44 El voto particular de la magistrada D<sup>a</sup> María Balaguer debe tomarse en consideración dada su mayor rigor jurídico en opinión del autor

45 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, [BOE-A-2009-17242](https://www.boe.es/boe/BOE-A-2009-17242)

46 Contestación de la SEM dada al Defensor del Pueblo en la queja nº 21030423 aceptando las compatibilidades, 26 de abril de 2022, disponible en: <https://acogidayasilo.blog/2022/04/26/la-secretaria-de-estado-de-migraciones-confirma-la-compatibilidad-de-la-solicitud-de-asilo-con-la-tarjeta-de-familiar-comunitario/>

ta<sup>47</sup>, de modo que a partir de abril de 2024 las Oficinas de Extranjería habrían comenzado solicitar la renuncia a las solicitudes o recursos de asilo para facilitar el acceso a permisos de residencia no solo por arraigo laboral, también por motivos de arraigo formativo, social u otros. Todo ello sin realizar la preceptiva modificación legal o reglamentaria que pudiera amparar semejante modificación del criterio de aplicación de la normativa hasta la fecha y haciendo alusión a una pretendida incompatibilidad general de los regímenes de extranjería y protección internacional.

#### IV. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y SITUACIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA SOLICITANTE DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

##### 1. Derecho a un recurso efectivo en materia de protección internacional en la jurisprudencia europea

Cabe reconocer que contrariamente al Derecho español –y la aplicación del mismo realizada por los tribunales–, el derecho a un recurso efectivo en materia de asilo en el Derecho de la Unión Europea conlleva el reconocimiento del efecto automático de suspensión cautelar en vía de recurso como regla general y dada la interpretación conjunta de los artículos 13, 19 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>48</sup> en relación a la tutela de derechos y en el marco del principio de no devolución, cuestión confirmada reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y en consonancia con jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que debe tenerse en cuenta para interpretar el art. 19, apartado 2 de la CDFUE, como prescribe el art. 52, apartado 3 de la misma.

Y es que la jurisprudencia del TEDH reconoce la suspensión automática como inherente al derecho a recurso efectivo en materia de asilo<sup>49</sup>. Así, cuando la persona alega que su expulsión le expondría a un trato contrario al artículo 2 y 3 del CEDH debe contar con un recurso efectivo tanto en la práctica como en la ley a nivel interno de conformidad con el artículo 13 del CEDH, que exige imperativamente, entre otras cosas, un escrutinio independiente y riguroso de cualquier alegación de que existan motivos sustanciales para temer un riesgo real de tratamiento contrario a los artículos 2 o 3 y efecto suspensivo automático.<sup>50</sup>

---

47 Secretaría de Estado de Migraciones, “Criterios de aplicación de la jurisprudencia del Tribunal del Justicia de la Unión Europea y de la Sentencia del Tribunal Supremo 414/2024, de 24 de enero, sobre la incidencia en los procedimientos de extranjería de arraigo laboral de la condición de solicitante de protección internacional”, 9 de abril de 2024, disponible online: <https://acogidayasilo.blog/2024/04/15/permisos-de-residencia-y-solicitantes-de-asilo/>

48 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403 (15 págs.)

49 PIZZOLO, C. (2019). El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea. *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, ISSN-e 2346-9196, Vol. 7, N.º. 2, 2019; disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8799332>

50 Asunto *MSS vs Belgium and Greece*, p. 288 y 291. Para una descripción general de la jurisprudencia del CEDH en cuanto a los requisitos del artículo 13 tomados en conjunto con los artículos 2 o 3 en los casos de deportación, véanse, en particular, el asunto *Abdolkhani y Karimniav vs Turquía*, (p. 107-117); El asunto

En el Derecho comunitario por su parte se encuentra consagrado el derecho a un recurso efectivo de carácter suspensivo, con carácter general, en el art. 46 de la Directiva 2013/32/UE que conforme el art. 47 de la CDFUE reconoce al solicitante de asilo que ha visto rechazada en primera instancia su solicitud el derecho a un recurso con efecto suspensivo obligando a los Estados a permitir “que los solicitantes permanezcan en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso”. De tal modo que no se reconoce simplemente una autorización de permanencia clara y precisa, si no que en la práctica determina un efecto suspensivo automático de la resolución denegatoria y un derecho incondicionado como ha venido interpretando la jurisprudencia comunitaria de forma reiterada.

La jurisprudencia es abundante al respecto. Así puede citarse el apartado 54 de la STJUE de 17 de diciembre de 2015<sup>51</sup> que reconoce que “cuando un Estado decide devolver a un extranjero a un país en el que hay fundados motivos para creer que estará expuesto a un riesgo real de tratos contrarios al artículo 3 del CEDH, la efectividad del recurso interpuesto, prevista en el artículo 13 del CEDH requiere que dicho extranjero disponga de un *recurso suspensivo de pleno derecho* contra la ejecución de la medida que permite su devolución (véanse, en particular, las sentencias del TEDH Gebremedhin c. Francia, § 67, CEDH 2007-II, e Hirsi Jamaa y otros c. Italia, § 200, CEDH 2012-II).”

De forma más contundente, y en interpretación del derogado art. 39 de la Directiva 2005/85/CE<sup>52</sup>, la STJUE de 26 de septiembre de 2018 aseguraba ya entonces que “el artículo 47 de la Carta exige que dicho solicitante disponga de un recurso suspensivo de pleno Derecho contra la ejecución de la medida que permite su devolución (...) Y que “incumbe a los Estados miembros garantizar la plena eficacia del recurso contra la decisión denegatoria de la solicitud de protección internacional suspendiendo todos los efectos de la decisión de retorno durante el plazo previsto para la interposición de dicho recurso y, en caso de que este se interponga, hasta su resolución.”<sup>53</sup>

Resolución que reitera la doctrina ya explicitada en los apartados 56, 58 y 61 de la STJUE del asunto *Gnandi*<sup>54</sup>, y el apartado 50 del ATJUE de 5 de julio de 2018<sup>55</sup>, que igualmente interpretan el derogado art. 39 de la Directiva 2005/85/CE o antigua Directiva de Procedimientos y que no establecía de forma clara y precisa el efecto automático de suspensión regulado actualmente por el art. 46 de la Directiva 2013/32/UE y que lo sustituye.

---

*Gebremedhin vs. Francia*, (p 53-67); *El asunto IM v France; Chahal v. El Reino Unido* (p. 147-154); *El asunto Shamayev y otros vs. Georgia y Rusia*, (p. 460).

51 STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-239/14, ECLI:EU:C:2015:824

52 Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, DOUE-L-2005-82465

53 STJUE de 26 de septiembre de 2018, asunto C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776

54 STJUE de 19 de junio de 2018, asunto *Gnandi*, C-181/16, ECLI:EU:C:2018:465

55 ATJUE de 5 de julio de 2018, asunto *C y otros*, C-269/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:544.

La obligación por el Estado de facilitar la permanencia tras decisión desestimatoria sobre la solicitud de asilo, tras la entrada en vigor en 2015 del régimen de recursos contenido en la vigente Directiva 2013/32/UE, ha sido confirmada nuevamente por la STJUE en el asunto *CE c. Hungría*,<sup>56</sup>, país que –al igual que sucede España–, no reconoce en su ordenamiento interno el efecto automático de suspensión de los recursos en materia de asilo, además de mantener otras muchas irregularidades advertidas por el Tribunal<sup>57</sup>.

Esta sentencia, en el apartado relativo “al derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro en cuestión” (apartados 267 y siguientes), se expresa de forma meridiana sobre esta cuestión, y en relación al nuevo art. 46.5 de la Directiva 2013/32/UE vigente en la actualidad, explicando que “La Comisión estima, en primer lugar, que Hungría no ha transpuesto correctamente el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, que garantiza el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate en espera de que se resuelva el procedimiento de examen del recurso judicial interpuesto contra la decisión por la que se haya denegado en primer grado su solicitud. Señala a este respecto que, según el Derecho húngaro, la interposición de recurso contra una decisión administrativa no tiene, en principio, efectos suspensivos, en la medida en que el artículo 50 del Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo solamente prevé la posibilidad de que un tribunal ordene tales efectos suspensivos si se reúnen determinados requisitos.”

Las apreciaciones del Tribunal son taxativas. Así en los apartados 287 y 288 viene a decir que “De ello se deduce, por una parte, que, si bien el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32 se limita a conferir al solicitante de protección internacional comprendido en su ámbito de aplicación un derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate, *la existencia de este derecho se consagra, no obstante, de manera incondicional, sin perjuicio de las excepciones previstas en los artículos 41, apartado 1, y 46, apartado 6, de dicha Directiva, y, por otra parte, que un Estado miembro solamente puede fijar condiciones de ejercicio de este derecho en la medida en que sean conformes, en particular, con las Directivas 2013/32 y 2013/33.*”

Es por ello que la normativa comunitaria reconoce un derecho no una mera autorización rogada a permanecer en el territorio y mientras se estudia la solicitud de asilo durante el procedimiento administrativo, pero también en fase de recursos y hasta una resolución definitiva que se reconoce debe ser judicial.

Sin embargo, deja en manos de los Estados la calificación jurídica de dicha permanencia legal conforme el Derecho interno, admitiendo que, incluso, pudiera ser necesaria la entrega de permisos de residencia en determinados casos justificados como, de hecho, sucede en nuestro vecino Portugal.

---

56 STJUE de 17 de diciembre de 2020, en el asunto C808/18, ECLI:EU:C:2020:1029

57 FERRER LLORET, JAUME (2021). “La Unión Europea ante el derecho de asilo: a propósito del asunto “Comisión/Hungría (acogida de solicitantes de protección internacional)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2021, 68: 25-66. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.68.02>



## **2. La necesaria calificación jurídica del estatuto legal del solicitante de protección internacional como estancia legal temporal y excepcional según la normativa de extranjería**

No obstante, la argumentación principal de la sentencia que ha generado más confusión se refiere, principalmente, a la interpretación del art. 9 de la Directiva 2013/32/UE y, en especial, a la falta de consideración como situación de *estancia* o *residencia* durante la pendencia de recursos al efecto de computarse para el arraigo laboral. Al punto de poder llegar a entenderse –de la literalidad de la sentencia– que los períodos cotizados laboralmente en vía administrativa no habrían sido realizados válidamente a tales efectos.

Ciertamente cabe reconocer que existen posiciones contradictorias y controvertidas sobre esta cuestión, que no es otra que la condición jurídica del estatuto del solicitante conforme la normativa interna. Así, por ejemplo, el TSJ de Castilla y León considera que la situación jurídica, al menos a efectos de acceso al arraigo laboral, sí es de *residencia legal*, en doctrina reiterada desde la Sentencia nº 99/2022, de 1 de abril<sup>58</sup> y, posteriormente y, por todas STSJ de Castilla y León nº 58/2023, de 24 de marzo<sup>59</sup>, que determina “que se ostenta la autorización de residencia legal en España durante el tiempo de tramitación de la solicitud” al entender la existencia de una residencia de carácter excepcional regulada por la normativa de asilo. Sin embargo, la mayoría de tribunales superiores<sup>60</sup> se limitan a reconocer como un derecho o autorización para permanecer en el territorio que, en todo caso, se trataría de una *situación regular* a todos los efectos, y tal como se desprende del considerando 9 de la Directiva de Retorno<sup>61</sup>.

En todo caso, desde numerosos sectores jurídicos ha querido deducirse que la sentencia realiza una peculiar interpretación del derecho a permanecer por la cual las situaciones de hecho o de derecho generadas durante el procedimiento de asilo, y en virtud del derecho de estancia como solicitante de protección internacional, no podrían aplicarse o computar para obtener a la residencia por arraigo laboral e, incluso, para la residencia por arraigo social y cualquiera otra residencia por motivos excepcionales de arraigo.

Y es que el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE refiere que la permanencia en el territorio del solicitante es un derecho pero que “Ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.” Por ello se deduce que se reconoce entre los derechos de la persona solicitante de protección internacional el de permanecer legalmente o de forma regular en el país, pero sin que deba entenderse tal derecho como una autorización de residencia legal conforme la normativa general de extranjería, es decir, que no existe equivalencia entre ambos conceptos o situaciones, evitando generar o consolidar derechos. Siendo así como se advierte, además, en las traducciones en otros idiomas. En la versión francesa se recoge como “Ce droit de rester dans l’État membre ne constitue pas un droit à un titre de séjour.” En la

58 STSJ de Castilla y León nº 99/2022, de 1 de abril, ECLI:ES:TSJCL:2022:1463

59 STSJ de Castilla y León nº 58/2023, de 24 de marzo, ECLI:ES:TSJCL:2023:791

60 Por todas la STSJ del País Vasco nº196/2018, de 18 de abril, ECLI: ES:TSJPV:2018:1215

61 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE-L-2008-82607

versión en italiano más clara como “Il diritto a rimanere non dà diritto a un titolo di soggiorno” o en inglés como “That right to remain shall not constitute an entitlement to a residence permit.”.

Aceptando pues que no se trata de una residencia legal “ordinaria” o del “régimen general” parece que la propuesta interpretativa más conforme al ordenamiento jurídico español conlleva a considerar que se trata más bien de una situación de estancia temporal acercándose al planteamiento realizado por el TSJ de Castilla y León<sup>62</sup> pero de conformidad con el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE. Y ello porque se trata de un estatuto migratorio de una persona extranjera que habilita a permanecer de forma temporal y excepcional, siendo aplicable al respecto la normativa de extranjería y asilo en su conjunto y no como dos cajones estancos como se pretende por parte de la Administración y, pareciera ahora, por el Tribunal Supremo.

En este sentido debe comprenderse que la situación jurídica de la persona durante la pendencia de la solicitud de protección internacional es idéntica independientemente del resultado del procedimiento, puesto que el mismo no se puede prever, y de forma principal trata de garantizar un derecho negativo, la no devolución, con unas obligaciones positivas del Estado: una autorización para permanecer provisionalmente, entre otros derechos sociales y económicos, y que cuenta con una regulación especial, y además bien detallada, contando incluso con disposiciones de Derecho internacional directamente aplicables por su especialidad, por lo que es indubitado que se trata de un estatuto legal y completo, pero de cierta complejidad por la defectuosa transposición al ordenamiento interno de la normativa internacional y comunitaria, debiendo calificarse dentro del ordenamiento jurídico español.

Por ello, parece debido interpretar de conformidad con el método argumentativo empleado por el TSJ de Castilla y León –aunque no en su conclusión– que se trataría de una *estancia legal* de carácter especial y excepcional, temporal y vinculada al procedimiento de asilo, puesto que cumpliría los requisitos legales establecidos (art. 30 de LOEX). Si bien regulados de forma específica por la normativa de asilo y no por la normativa reglamentaria de extranjería, aplicable únicamente de forma supletoria en aquello no regulado específicamente por la de asilo.

Y es que el art. 1 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX) delimita su ámbito de aplicación a las personas que carezcan la nacionalidad española “sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte” y el mismo Reglamento de Extranjería reconoce sobre su ámbito de aplicación que las normas contenidas “se aplicarán con carácter supletorio a quienes sea de aplicación la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”.

Así pues cabe deducir que a las personas solicitantes de protección internacional se les debe aplicar la normativa general de extranjería siendo desarrollada las situaciones de protección internacional por la normativa especial, la internacional de los refugiados y la normativa comunitaria de asilo, transpuesta al ordenamiento interno principalmente a través de la Ley de

---

62 STSJ de Castilla y León nº 99/2022, de 1 de abril, ECLI:ES:TSJCL:2022:1463; reiterada hasta la fecha, por todas STSJ de CyL nº 58/2023, de 24 de marzo

Asilo y su propia normativa reglamentaria<sup>63</sup>, complementada la transposición por instrucciones ministeriales que hacen alusión a las situaciones de protección internacional: solicitantes y beneficiarias, y al que se vinculan un amplio abanico de derechos y obligaciones. Mientras que la normativa general de extranjería se aplicaría en otras cuestiones no reguladas por la normativa especial y con carácter supletorio a las personas que solicitan protección internacional.

En este sentido el art. 29 de la LOEX enumera de forma taxativa las situaciones en las que podrán encontrarse los extranjeros en España –todos ellos–, concretando de forma específica situaciones de *estancia* o *residencia*, exclusivamente, esto es, en situación regular frente a quienes careciendo de tales estatutos migratorios se encontrarían en situación irregular, siéndoles de aplicación las prescripciones correspondientes conforme la Directiva de Retorno.

Así es como en el art. 30 de la ley se define la situación de estancia como “la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado”. Y que “transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o un permiso de residencia”. Además, se recuerda que “En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses”<sup>64</sup>.

El desarrollo reglamentario se encuentra principalmente en el Título III del Reglamento de Extranjería sobre “La estancia en España” y que contiene Capítulo I con un único artículo 28 que antecede a tres secciones y que reconoce que “Se halla en situación de estancia de corta duración el extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y se encuentre autorizado para permanecer en España por un periodo ininterrumpido o suma de periodos sucesivos cuya duración total no exceda de noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo II de este título para la admisión a efectos de estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.” y que “Si se trata de una estancia con fines de tránsito, la duración de la estancia autorizada corresponderá al tiempo necesario para efectuar el tránsito.”<sup>65</sup>

La primera sección se refiere a requisitos y procedimiento, la segunda a las prórrogas y extinción y la tercera (art. 36) a los supuestos excepcionales de estancia y de indudable aplicación a la protección internacional, por cuanto se refiere a los supuestos de “entrada o documentación irregulares”, explicando que “Excepcionalmente, y siempre que existan *motivos humanitarios*, de interés público u *obligaciones internacionales*, el titular del Ministerio del Interior o el titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración *podrán autorizar la estancia en territorio*

---

63 Principalmente el anticuado Reglamento de asilo, el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, [BOE-A-1995-5542](#)

64 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, [BOE-A-2000-544](#)

65 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-A-2011-7703](#),

*español*, por un máximo de tres meses en un periodo de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en él con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto.”

Finalmente, en el Capítulo II se desarrollan algunas situaciones de estancia específicas y debidas a motivos de “estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado” y que adaptan las reglas generales establecidas anteriormente a estos casos particulares. Es de resaltar que no se hace referencia a la conocida como estancia por motivos de turismo, del cual el reglamento únicamente reserva unos breves apartados en el art. 8 sobre los motivos a justificar para autorizar la entrada y estancia en España.

Tampoco a la estancia especial por motivos de solicitar asilo de forma explícita, reconociéndose, sin embargo, en el art. 25 de la LOEX sobre los requisitos para la entrada legal (puestos habilitados, pasaporte o documento de viaje, visado y justificar finalidad y condiciones de permanencia en el país, etc.) que los mismos “no serán de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.”<sup>66</sup>

Por su parte, la normativa específica de asilo es de origen internacional<sup>67</sup> y principalmente comunitaria como la Directiva 2011/95/UE que se fija en las condiciones y requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado/a y la concesión de la protección subsidiaria y el contenido de tales estatutos migratorios<sup>68</sup>, la Directiva 2013/33/UE que regula de forma pormenorizada la situación jurídica del solicitante de protección internacional y las condiciones de acogida, su definición (art. 2), el ámbito de aplicación (art. 3), la posibilidad de disposiciones más favorables (art 3) y los derechos y obligaciones: de información (art. 5), de libramiento de documentación acreditativa de la situación mientras conste autorización para permanecer (art 6), de domicilio y libre circulación (art. 7), del posible internamiento (art. 8, 9, 10 y 11), sobre la familia (art. 12), reconocimiento médico (art. 13), escolarización de menores (art. 14), empleo (art. 15), formación profesional (art. 16), condiciones materiales de acogida y asistencia sanitaria (art. 17, 18 y 19), así como otras cuestiones, que deberían haber sido transpuestas en la normativa interna de asilo de forma completa e íntegra.

Y la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos de asilo (a los que precisamente se vincula la condición de solicitante) que también reconoce una serie de garantías para los solicitantes,

---

66 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-A-2011-7703](#),

67 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el texto del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE-A-1978-26331 o “Convención de Ginebra”, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, BOE-A-1979-24010 o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE-Z-2010-70003 a partir de ahora “CDFUE”

68 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 (refundición), DOUE-L-2011-82659

derechos y obligaciones, tales como el derecho a permanecer en el territorio mientras se estudia la solicitud (art. 9), acceso a la información, a intérprete, a que el ACNUR conozca de la misma y otras (art. 12), sobre cómo debe realizarse la entrevista de asilo (art 15, 16 y 17), la asistencia letrada (art. 20, 21, 22 y 23) y en general sobre los procedimientos, incluidos los recursos y sus efectos (art. 46), incluida la autorización para permanecer, con carácter general, hasta al menos la primera resolución judicial, que se considera como definitiva.

Regulación pormenorizada de la protección internacional que debería haberse transpuesta de forma explícita en la normativa interna a partir de 2015 mediante una nueva ley y reglamentos de asilo, estando todavía vigentes la Ley de asilo de 2009 y el Reglamento de asilo de 1995 que desarrollaba la Ley de asilo de 1984.

Nos encontramos por tanto con un desarrollo normativo completo e integral del que se deduce que el solicitante de protección internacional cuenta con su propio estatuto legal que debe enmarcarse en aras a la seguridad jurídica y a una adecuada inserción de la norma especial en la normativa general de extranjería como una situación de estancia excepcional vinculada al procedimiento de asilo y por tanto plenamente válida al efecto de cumplir el requisito establecido en el art. 124.1 del RELOEX en cuanto las relaciones laborales deben haberse realizado en situación previa de estancia o residencia, al menos en su redacción actual.

Estas consideraciones de Derecho interno además son plenamente compatibles con el Derecho comunitario resultando de gran interés el debate suscitado en el asunto *Gnandi* sobre la situación regular/irregular del solicitante pendiente de recursos. Así, explicó el Abogado General del TJUE en el asunto *Gnandi* en sus Conclusiones<sup>69</sup> que en fase de recursos debe reputarse la situación del solicitante como regular a todos los efectos y tal como el considerando 9 de la Directiva de Retorno lo reconoce mientras no se ponga fin al “derecho de estancia como solicitante de asilo”<sup>70</sup>, aunque en la sentencia finalmente se estableciera, de forma excepcional, que fuera posible emitir una decisión de retorno unida a la desestimación del asilo, como excepción.

No obstante, los motivos aducidos conducen también, de forma evidente, a la situación de estancia del solicitante de asilo conforme art. 30 de la LOEX, dado que consta autorización para permanecer al que se encuentran anudados un catálogo de derechos vinculados y como ha interpretado de forma meridiana la STJUE de 17 de diciembre de 2020 (apartado 285)<sup>71</sup>, afirmando que además de existir un vínculo incondicional al resto de derechos –que no son otra cosa que derechos sociales y de acogida generando obligaciones positivas del Estado–, en su apartado 289 que “cuando un Estado miembro decide fijar condiciones de ejercicio del derecho a permanecer en su territorio, consagrado en el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, deben definirse con la suficiente claridad y precisión para que el solicitante de

---

69 Conclusiones del Abogado General en el asunto *Gnandi*, C-181/17, ECLI:EU:C:2018:90

70 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE-L-2008-82607

71 STJUE de 17 de diciembre de 2020, en el asunto C808/18, ECLI:EU:C:2020:1029

protección internacional pueda conocer el alcance exacto de tal derecho y para que se pueda apreciar si son compatibles, en particular, con las Directivas 2013/32 y 2013/33”.

Lo contrario, como adujo el Abogado General del TJUE en el asunto *Gnandi*, es decir: entender como situación irregular, mera tolerancia, etc., a quien ostenta autorización para permanecer hasta se resuelvan los recursos planteados “socava el objetivo de seguridad jurídica que persigue, favoreciendo la creación de zonas grises y promoviendo la difusión de prácticas diferentes entre los Estados miembros, lo que, además, resulta contrario a la propia misión de dicha Directiva, que consiste en crear un corpus de normas y de prácticas comunes.” Recordando la inseguridad y falta de garantías que puede resultar dando “lugar a la creación de una situación de inseguridad, o a veces de opacidad, jurídica que puede menoscabar no sólo la transparencia, sino también la eficacia de los procedimientos de retorno, así como interferir con el respeto, por las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate, de las normas en materia de acogida de los solicitantes de protección internacional mencionadas anteriormente.”

Por ello, en relación al derecho a permanecer y un recurso efectivo regulado por la normativa comunitaria, de indudable efecto directo, la autorización para permanecer hasta resolución definitiva es un derecho incondicionado y que forma parte del estatuto legal del solicitante en toda la Unión Europea al que se vincula el derecho a estar documentado y un abanico de derechos de acogida, sociales y económicos. Y esta regulación coexiste y es plenamente compatible y coherente con la normativa interna que considera –en una lectura integradora– al solicitante de protección internacional como una situación de estancia legal especial y excepcional, tal como el propio Tribunal Supremo reclama en la sentencia comentada, al aducir que la situación jurídica debe establecerse por el Derecho interno.

La especial peculiaridad de la situación es la concomitancia o simultaneidad de aplicación de los diferentes estatutos migratorios de extranjería y protección internacional de modo que cualquier persona extranjera puede obtener un permiso de estancia o residencia (turismo, estudios, trabajo por cuenta ajena, etc..) y, a su vez, solicitar protección internacional adquiriendo la condición de estancia legal como solicitante debiéndose garantizar los derechos derivados de dicho estatuto especial.

### **3. La prórroga del estatuto de estancia durante el procedimiento judicial tras la incorporación del derecho comunitario a un recurso efectivo en materia de asilo**

La sentencia del TS advierte que este peculiar estatuto migratorio, no obstante, no podría considerarse como *estancia* durante la pendency de recursos. Sin embargo aduce que el motivo sería la defectuosa transposición de las directivas comunitarias en esta materia, puesto que el Derecho interno de aplicación lo impediría. Afirma así que “la situación en que se encuentra el solicitante de asilo mientras se decide sobre la legalidad de la denegación administrativa de la protección internacional, es una situación peculiar que en nada puede vincularse a la situación tan siquiera de estancia, sino que es una medida de mera tolerancia de permanecer en país de solicitud de asilo y con carácter de medida preventiva, es decir, está en función del procedimiento de revisión de la denegación, solamente.”

Es por ello que de forma indirecta el Tribunal Supremo no habría rechazado, al menos explícitamente, que durante el procedimiento administrativo se tratara de una estancia legal, y por tanto sí computable a efectos de arraigo, negando por el contrario la consideración de *residencia* por cuanto el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE lo excluiría de forma clara, como la propia sentencia indica.

Sin embargo, pareciera que yerra al considerar que dicho estatuto legal de estancia cambia o se modifica tras la denegación en fase de recursos, siendo contrario a su propia doctrina jurisprudencial consolidada y, en mi opinión, por motivos extrajurídicos ajenos a una rigurosa aplicación del Derecho vigente.

Así pues, parece justificar esta diferenciación en la falta de transposición del peculiar régimen jurídico comunitario del derecho a un recurso efectivo en materia de asilo alegando que, durante la pendencia de recursos, la situación jurídica se debe reconducir, en todo caso, al sistema de medidas cautelares cuya única finalidad u objeto sería suspender la decisión de retorno unida a la desestimación del derecho de asilo contenida en el art. 37 de la Ley de Asilo, no siendo posible medidas positivas de otorgamiento de derechos o prórroga de un estatuto de estancia (“Es decir, no confiere más derecho que esa suspensión de efectos”) tratando la permanencia legal durante el recurso de reposición como una supuesta “mera tolerancia” no asimilable a la situación de estancia entendiendo por tanto que los períodos laborables realizados durante la misma no podrían ser computados a efectos del arraigo laboral.

Argumentación contradictoria con la propia doctrina reiterada y consolidada del propio Tribunal Supremo que reconoce la prórroga del estatuto legal del solicitante garantizando el derecho –en palabras del TS– “a permanecer, trabajar y estar documentado para ello” durante el procedimiento judicial y aunque esta prórroga se instrumente en España por la falta de transposición de las Directivas a través del sistema cautelar de recursos al efecto de dar conformidad al Derecho interno.

Y es que en realidad tal régimen, de *estancia como solicitante de asilo*, se prorroga en vía de recurso administrativo y judicial, como viene aplicando la Administración y reconoce el mismo Tribunal Supremo al menos desde noviembre de 2022, al cambiar radicalmente la doctrina cautelar en materia de asilo en relación al derecho a un recurso efectivo precisamente para considerar el mantenimiento de la legislación de asilo en fase de recursos y contra el criterio precedente del propio TS, por el cual se entendía que una vez denegada la solicitud se aplicaba la normativa de extranjería con el paso a situación irregular pero con las prevenciones de suspensión de la ejecución en caso de motivos de asilo o el principio de no devolución, siendo ejemplo de tal doctrina el Auto de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2018<sup>72</sup>.

Bajo esta doctrina jurisprudencial el mecanismo de recursos y el sistema cautelar de asilo partiría del principio general de la ejecutoriedad de los actos administrativos y de la irregularidad de la situación del solicitante de asilo tras recibir la notificación desestimatoria, siendo única-

---

72 AAN nº110/2018, de 7 de mayo, ECLI:ES:AN:2018:691A

mente posible la suspensión cautelar de la ejecución material de la orden de retorno y cuando hubiera riesgo de una deportación inmediata, exclusivamente<sup>73</sup>.

Por ello en caso de constar una situación de riesgo inminente de deportación podría solicitarse medida cautelar ante la jurisdicción contenciosa encaminada a suspender, igualmente, decisiones de retorno fruto de expedientes de extranjería partiendo de la situación irregular “frente a la cual se podrá recurrir con todas las garantías que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de no devolución”<sup>74</sup>, es decir “un recurso de carácter suspensivo siempre que se acuerde devolver o expulsar a un solicitante de protección internacional a un país en el que hay fundados motivos para creer que estará expuesto a un riesgo real para su derecho a la vida, o a no ser sometido a tortura, o a tratos degradantes, crueles o inhumanos o penas y para la libertad y seguridad de la persona”<sup>75</sup>, pero no aplicando la normativa de asilo que establece obligaciones positivas del Estado hacia el solicitante con la prórroga del estatuto legal contenido en la normativa de asilo.

En este marco, constarían escasísimas ocasiones en las cuales se aceptarían medidas cautelares en recursos contra la denegación del asilo y ante la falta de aplicación e incorporación de la normativa y jurisprudencia comunitaria en la materia analizada anteriormente. Así, la solicitud de medidas cautelares en recursos contra la denegación del asilo ante la Audiencia Nacional se venía encauzando a través del art. 129 de la LJCA por mor del art. 29 de la Ley de asilo, y se venía resolviendo tradicionalmente mediante la valoración y análisis del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* que se desprende del propio art. 130.1. de la LJCA, cuya interpretación por el Tribunal Supremo se concretaba de forma general en analizar el riesgo de producción de perjuicio al recurrente consecuencia de la ejecución del acto administrativo impugnado, debiendo considerarse irreparable o de muy difícil reparación, “única situación en la que se compromete la virtualidad del recurso”, además de interesar que “la suspensión del acto administrativo no produzca perturbación grave a los intereses generales o de terceros.”<sup>76</sup> que en materia de asilo se resolverían en enjuiciar “primordialmente la aparición de riesgo de persecución por alguna de las razones que justifican la concesión de asilo, lo que ha de valorarse en función de las condiciones objetivas del país de origen, y también en función de las circunstancias personales del solicitante de asilo sin olvidar que también existe un interés público en que la institución del asilo no se desnaturalice y se transforme en un mecanismo de emigración fraudulenta”<sup>77</sup>. Considerando hasta noviembre de 2022 no ser “asumible” que ante la petición cautelar pueda determinarse la “automática suspensión de la ejecutividad de tal medida, al margen de las circunstancias objetivas y personales invocadas”.<sup>78</sup>

73 MARTÍN VALERO, A.I (2018). Las medidas cautelarisimas en materia de asilo: algunas cuestiones procesales y sustantivas que se plantean en la práctica. Actualidad Administrativa, Nº 12, Sección Ejercer en forma y plazo, diciembre 2018, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 14202/2018

74 AAN nº 1289/2021, de 22 de noviembre, ECLI:ES:AN:2021:8720A

75 ídem

76 Por todas, la STS de 8 de mayo de 2015, RC. 1201/2015

77 Por todas, el ATS de 24 de Enero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1490<sup>a</sup>. Pero también en las STSS de 14 de octubre de 2008, RC. 193/2007 o de 17 de septiembre de 2009, RC 3660/08.

78 STS de 18 de marzo de 2011, RC. 1698/2010; ATS de 6 de marzo de 2014, RC. 2957/2013



Esta doctrina habría cambiado radicalmente a partir de la incorporación del Derecho comunitario y la aplicación por efecto directo del art. 46 de la Directiva 2013/32/UE, fruto de la actividad judicial de la Sección 2ª de la Audiencia Nacional desde su Auto de 10 de septiembre de 2021<sup>79</sup>, confirmada la misma por la STS nº1582/2022, de 29 de noviembre<sup>80</sup> manteniéndose de forma reiterada los nuevos criterios en las sentencias de 26 de octubre, 31 de octubre y, la última, de 11 de diciembre de 2023, todas en los mismos términos<sup>81</sup>.

En este sentido es de especial interés la sentencia de 31 de octubre de 2023 por cuanto se refiere a la incidencia de la Directiva 2013/32/UE “en relación con los criterios contenidos en nuestra legislación procesal para acordar la tutela cautelar en materia de asilo.” Así se refiere en el FJ5 que “Un examen completo de la norma europea que resulta de aplicación, art. 46 de la Directiva 2013/32, y de la jurisprudencia que expresamente la interpreta, como la STJUE de 17 de diciembre de 2020, asunto C-808/18 (Comisión contra Hungría) –la STJUE de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16, asunto *Gnandi*, no se refería exactamente a ese precepto, sino a la Directiva anterior derogada por aquélla, Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado– nos puede proporcionar una más amplia perspectiva para responder a lo que, en definitiva, se nos demanda: la compatibilidad de nuestra regulación sobre la tutela cautelar en materia de asilo con los postulados que derivan del derecho europeo y, en concreto, del art. 46 de la Directiva 2013/32, y de la jurisprudencia que lo interpreta. Como veremos, nuestras conclusiones no diferirán, en sustancia, de nuestro anterior pronunciamiento, si bien debemos completar y matizar aquéllas.”<sup>82</sup>

Disposición que hace referencia al derecho incondicional a permanecer en el territorio español del solicitante de protección internacional durante el plazo de interposición de recursos y hasta la notificación de su desestimación y que viene a prorrogar el estatuto legal completo del solicitante en fase de recursos, resolviendo nuevamente el alto tribunal en el mismo sentido su doctrina por la cual “de conformidad con el art. 46 de la Directiva 2013/32, el derecho a un recurso judicial efectivo conlleva que el solicitante a quien la Administración ha denegado la protección internacional obtenga, en el recurso jurisdiccional interpuesto contra dicha decisión, un pronunciamiento que, como regla general, reconozca durante su pendencia el *mantenimiento inalterado de su estatuto como solicitante de asilo* y, por tanto, su autorización para permanecer en España hasta que se resuelva dicho recurso y a que durante esa permanencia disfrute de las condiciones de acogida contempladas en la Directiva 2013/33”<sup>83</sup>.

Razonamiento evidente en cuanto el derecho a permanecer del solicitante durante el procedimiento administrativo tiene exactamente la misma finalidad que se predica del sistema cautelar, de prevenir una situación y asegurar la decisión sobre la solicitud, durante los procedimientos de recurso o revisión. Esto, la naturaleza jurídica del estatuto del solicitante es en

79 AAN n.º 826/2021 de 10 de septiembre, ES:AN:2021:6074A

80 STS nº 1582/2022, de 29 de noviembre, ECLI:ES:TS:2022:4365

81 STS nº1334/2023, de 26 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4468; STS nº1357/2023, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4598; STS nº1643/2023, de 11 de diciembre, ECLI:ES:TS:2023:5537

82 FJ5 A. STS nº1357/2023, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4598

83 FJ5 C. de la STS nº1357/2023, de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:4598

realidad provisional y cautelar, por lo que no puede esgrimirse diferenciación alguna tras la denegación por que esté pendiente de revisión de la misma reconociendo el propio tribunal la “inalteración” del mismo.

Así pues, antes de que se produjera la incorporación del Derecho comunitario a un recurso efectivo en materia de asilo cabía reconocer que no constaba en el Derecho positivo interno posibilidad de otorgar autorización expresa para permanecer tras una denegación del derecho de asilo de forma excepcional ni tan siquiera en el plazo para interponer recurso judicial o para que una posible solicitud judicial de medidas cautelares fuera valorada, al menos en la praxis administrativa española, siendo, además, únicamente aceptadas las solicitudes de suspensión cuando constaba un efectivo riesgo de deportación inminente y en vía judicial o contencioso-administrativa relativa a la revisión de las resoluciones tomadas conforme la normativa de extranjería y con el mero efecto de suspensión o no ejecución de la deportación.

En sentido análogo tampoco se venían archivando expedientes de expulsión por motivo de aplicación del principio de no devolución a las personas en situación irregular cuando no constara formalmente solicitud de protección internacional en trámite, aplicándose únicamente la garantía reconocida en el art. 57.6 de la LOEX de *inejecutabilidad* de la deportación, manteniendo a la persona en la irregularidad y con vigencia de la orden de retorno y no facilitando ningún tipo de autorización para permanecer legalmente, en cuyo caso sí que se trataría un estatuto de mera tolerancia, ni estancia ni residencia, dando lugar al denominando colectivo de personas *inexpulsables* por razones de hecho o de derecho, situadas en un limbo intolerable a la luz de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad de la persona<sup>84</sup>.

La existencia de tales situaciones es contraria a la claridad exigida por la Directiva de Retorno en relación a la situación administrativa regular/irregular de las personas y que exige facilitar algún tipo de estatuto migratorio que garantice unos derechos mínimos a quien no pueda ser expulsado de facto<sup>85</sup> y al menos en relación al principio de no devolución, debiéndose reputar en tal especial caso la situación de irregularidad como anacrónica y entendida como una mera obligación del Estado de un no hacer y sin consideración con las obligaciones positivas hacia la persona necesitada de protección internacional –principalmente el archivo de cualquier expediente de expulsión con autorización expresa para permanecer legalmente– que, en principio, sólo se activaría cuando la persona accediera al procedimiento de asilo a través de las formas regladas y, únicamente, durante la instrucción y tramitación del procedimiento.

---

84 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, N. (2010). *Inexpulsables*. Un análisis jurídico y social de su realidad en España. *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, ISSN-e 1698-1006, Nº. 7 8, 2020, págs. 1-16; disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7974331>

85 En este sentido, el considerando 12 reconoce que “Debe abordarse la situación de los nacionales de terceros países que están en situación irregular pero que todavía no pueden ser expulsados. Procede definir sus condiciones básicas de subsistencia según la legislación nacional. Para poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas, es preciso proporcionar a estas personas una confirmación escrita de su situación. Los Estados miembros deben disfrutar de amplia discreción sobre la forma y formato de la confirmación escrita y deben también poder incluirla en las decisiones relativas al retorno adoptadas en virtud de la presente Directiva.”

En una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2022 se encuentra un avance relevante en la resolución del problema de las personas inexpulsables por motivo de aplicación del principio de no devolución. En ella se estima el recurso de casación contra la confirmación judicial de la resolución que ordena la expulsión del recurrente del territorio nacional en aplicación del art. 57.2 de la LOEX motivada en que el interesado, nacional de Ucrania, había sido condenado por varios delitos de hurto continuado y robo con fuerza sumando penas superiores a dos años de prisión. Y se resuelve *archivar* el expediente de expulsión como resultado de la aplicación del principio de no devolución sin que constara solicitud de protección internacional en trámite al reconocer de forma contundente la imbricación con los derechos fundamentales con dicho principio y la especial protección resultante de ello.<sup>86</sup> Doctrina que ha sido confirmada por sentencia del alto tribunal de 21 de diciembre de 2022 al menos en cuanto al reconocimiento del principio de no devolución como derecho fundamental de especial relevancia con necesidad de la más elevada protección.<sup>87</sup>

No obstante, una cosa es el principio de no devolución en expedientes de extranjería y otra diferente es haber iniciado una solicitud de protección internacional. De modo que una vez en trámite se debe acceder a la situación de estancia como solicitante, disfrutando de los derechos y obligaciones inherentes a la misma.

#### **4. La prórroga del estatuto de estancia durante la pendencia del recurso de reposición de asilo**

La prórroga del estatuto legal del solicitante en vía de recurso judicial a través del sistema cautelar debe ser entendido, por tanto, que se mantiene en vía de recurso de reposición dada la misma naturaleza revisora y cautelar. No obstante, parece necesario realizar ciertas matizaciones, puesto que mientras no exista procedimiento judicial sólo nos podemos encontrar con un procedimiento administrativo y una solicitud pendiente de resolución definitiva, esto es, en trámite.

Y es que la resolución administrativa de denegación y hasta que no se resuelva el recurso de reposición no es firme y ejecutiva incluso aunque no se soliciten medidas cautelares suspensivas, por lo que se debe mantener el estatuto legal previo a la notificación de la resolución denegatoria dado que el procedimiento administrativo no ha finalizado.

En apoyo a dicha tesis es aplicable la doctrina contenida en la STS nº586/2020, de 28 de mayo al entender que no pueden entrar en vigor los efectos de la resolución hasta la resolución del recurso.<sup>88</sup> Resolución que de cumplir los plazos legales se debería producir como máximo al mes de la interposición del recurso sin perjuicio de la obligación de resolver en caso de transcurso de dicho plazo.

Así pues, si el recurso de reposición no es contestado en el plazo de un mes, el único efecto que puede deducirse de la desestimación por silencio del mismo es la habilitación para acudir a la

---

86 STS nº1634/2022, de 12 de diciembre, ECLI:ES:TS:2022:4625

87 STS nº1726/2022, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2022:4822

88 STS nº586/2020, de 28 de mayo 28, ECLI:ES:TS:2020:1421

vía judicial según el art. 24.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común o LPAC<sup>89</sup>, por lo que mientras la Administración no resuelva el recurso, estando obligada a ello (art. 21 LPAC y art. 24 de Ley de Asilo), ningún perjuicio puede suponerle a la persona tal demora, al estar atribuida la misma a la propia Administración. Lo contrario podría suponer una vulneración del derecho a la buena administración (art. 41 CDFUE de la UE) y el principio de confianza.

Sobre la ejecución de las resoluciones administrativas pero pendientes de recurso de reposición la misma sentencia del TS de 28 de mayo de 2020 recuerda que incluso aunque el interesado no hubiera solicitado la suspensión de la ejecutividad del acto al interponer el recurso potestativo de reposición la Administración no puede ejecutar el acto hasta que no resuelva dicho recurso, refiriéndose a ejecuciones tributarias, lo que de forma obvia puede aplicarse con mayor motivo, y dado el bien jurídico protegido, al derecho de asilo.

Así, la doctrina contenida en dicha resolución del alto tribunal expresa que “(...) de la recta configuración legal del principio de ejecutividad y de sus límites, así como del régimen del silencio administrativo –lo que nos lleva a extender el elenco de preceptos interpretados a otros como los artículos 21 a 24 de la LPAC y sus concordantes; de los artículos 9.1, 9.3, 103 y 106 LJCA; así como el principio de buena administración –que cursa más bien como una especie de *metaprincipio* jurídico inspirador de otros–, puede concluirse la siguiente interpretación: 1) La Administración, cuando pende ante ella un recurso o impugnación administrativa, potestativo u obligatorio, no puede dictar providencia de apremio sin resolver antes ese recurso de forma expresa, como es su deber, pues el silencio administrativo no es sino una mera ficción de acto a efectos de abrir frente a esa omisión las vías impugnatorias pertinentes en cada caso. 2) Además, no puede descartarse a priori la posibilidad de que, examinado tal recurso, que conlleva per se una pretensión de anulación del acto, fuera atendible lo que él se pide. De esa suerte, la Administración no puede ser premiada o favorecida cuando no contesta tempestivamente las reclamaciones o recursos, toda vez que la ejecutividad no es un valor absoluto<sup>90</sup>, y uno de sus elementos de relativización es la existencia de acciones impugnatorias de las que la Administración no puede desentenderse.”<sup>91</sup>

Además, la misma sentencia recuerda que “Como muchas veces ha reiterado este Tribunal Supremo, el deber jurídico de resolver las solicitudes, reclamaciones o recursos no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts. 9.1; 9.3; 103.1 y 106 CE), cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración, que no sólo juega en el terreno de los actos discrecionales ni en el de la transparencia, sino que, como presupuesto basal, exige que la Administración cumpla sus

---

89 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, [BOE-A-2015-10565](#)

90 El principio de ejecutividad tiene unos límites que deben ser respetados en su aplicación. Para ampliación es de interés la síntesis realizada por MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Ejecutividad y suspensión del acto administrativo en el Derecho administrativo español: especial referencia a los actos sancionadores. *Derecho & Sociedad*, 2017, no 49, p. 429-445.

91 FJ3 de la STS nº586/2020, de 28 de mayo 28, ECLI:ES:TS:2020:1421

deberes y mandatos legales estrictos y no se ampare en su infracción –como aquí ha sucedido– para causar un innecesario perjuicio al interesado.”<sup>92</sup>

De todo lo anterior se desprende que durante el plazo para interponer el recurso de reposición y hasta que se resuelva el mismo la resolución no es firme y ejecutable, por lo que no puede entrar en vigor sus efectos y entre ellos la salida obligatoria o la pérdida del estatuto de estancia como solicitante. De modo que interpretado conforme la normativa comunitaria constaría derecho a permanecer provisionalmente vinculado al estatuto legal como *solicitante* que no se extinguiría hasta *resolución definitiva* según la definición contenida en las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE (art. 2), por lo que se debe interpretar, en todo caso, que la situación es regular al prorrogarse el régimen y a todos los efectos debiéndose garantizar los derechos vinculados a la permanencia y la solicitud conforme el art. 18 y 19 de la Ley de Asilo y la normativa comunitaria.

Una vez resuelto el recurso de reposición adquiriría firmeza el acto administrativo con la entrada en vigor de la decisión desestimatoria y podría llegar a entenderse se pondría fin a la situación de estancia legal como *solicitante*. Si no fuera porque operaría nuevamente la suspensión automática con el derecho a permanecer reconocido en el art. 46.5 de la Directiva 2013/32/UE durante el procedimiento judicial, a través del sistema cautelar y como argumenta la doctrina judicial consolidada del TS referenciada en materia de recursos judiciales de asilo.

En todo caso, constan en el Reglamento de extranjería numerosos apelativos a la prórroga de las situaciones de estancia o residencia aun cuando las mismas hayan finalizado y cuando se encuentra una solicitud en trámite o pendiente de renovación, prórroga o modificación<sup>93</sup> y como sería el caso, al prorrogarse la condición de solicitante de protección internacional durante la pendencia del recurso de reposición.

## **5. Las medidas cautelares suspensivas por silencio en vía de recurso de reposición**

En todo caso, una vez se solicita medida cautelar de suspensión en el recurso de reposición debe entenderse estimada la misma por silencio conforme el apartado tercero del art 117.3 de la LPAC que establece la entrada en vigor cuando “(...) el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto”. En el caso del recurso de reposición transcurrido un mes desde la presentación del mismo o la solicitud de medida cautelar.

Por ello, incluso teniendo por tomada la decisión desestimatoria sobre la solicitud de asilo que conllevaría aparejada una decisión de retorno conforme el art. 37 de la Ley de asilo –habitualmente la salida obligatoria conforme al art. 24 de la LOEX– cabría entender que la misma queda

---

92 FJ2 de la STS nº586/2020, de 28 de mayo 28, ECLI:ES:TS:2020:1421

93 Artículo 40,2 (prórroga autorización de estancia por estudios); Artículo 51.1 (renovación de autorización de residencia temporal no lucrativa); Artículo 61.1 (renovación de autorización de residencia por reagrupación familiar); Artículo 71.1 (renovación autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena); Artículo 109.2 (renovación autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia)

suspendida por silencio transcurrido un mes sin respuesta al recurso y la medida cautelar solicitada, como efecto principal pero no único, al establecerse un conjunto de derechos vinculados a la permanencia en el territorio de la persona recurrente de una resolución denegatoria del asilo.

Por un lado la normativa comunitaria reconoce la condición de *solicitante* a quien se encuentra pendiente de recurso hasta una resolución definitiva (art. 2 Directiva 2013/32/UE y Directiva 2013/33/UE), y el mantenimiento, a priori, de los derechos derivados de tal condición (permanecer, trabajar, atención sanitaria, estar documentado, etc.), por lo que no cabe más que reconocer que este expreso contenido de la medida cautelar es plenamente acorde al ordenamiento cuando sea solicitado de forma expresa en el propio recurso o posteriormente a través de medidas cautelares haciendo uso del efecto directo de las Directivas y cumpliendo así la exigencia contenida en la STS de 28 de junio de 2004 en relación a la teoría del silencio la cual “ (...) no implica de ningún modo que su consecuencia permanente, aun en el caso de que hayan transcurrido los plazos legalmente previstos, sea la de reconocer incólume y sin objeción alguna la petición formulada por el administrado, sino que además ha de constar el requisito sustancial de que el contenido de la petición sea acorde con el ordenamiento, de forma que de ningún modo cabe obtener por vía de silencio lo que no fuese pertinente con arreglo a derecho”.

Por otra parte, cabría discutir si esta peculiaridad del sistema español de recursos administrativos en asilo de contar con un recurso de reposición de carácter potestativo –dada la actual demora ante la elevación del número de recursos y la escasez de recursos para hacerla frente– podría entenderse como una demora atribuible al interesado cuando decida interponer dicho recurso frente al recurso contencioso o judicial.

Esta cuestión que ha sido rechazada de forma reiterada y de plano por el alto tribunal, siendo de ejemplo la misma Sentencia referenciada del TS de 28 de mayo de 2020 al expresar como “práctica intolerable la concepción de que el recurso de reposición no tiene ninguna virtualidad ni eficacia favorable para el interesado, aun en su modalidad potestativa, que es la que aquí examinamos. En otras palabras, que se trata de una institución inútil, que no sirve para replantearse la licitud del acto, sino para retrasar aún más el acceso de los conflictos jurídicos, aquí los tributarios, a la tutela judicial”.<sup>94</sup>

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia comunitaria en relación a la autorización para trabajar del solicitante de protección internacional. En la paradigmática STJUE de 14 de enero de 2021 se reconoce que la demora producida por la interposición de recursos contra una decisión de traslado en aplicación del Reglamento de Dublín III<sup>95</sup> no puede atribuirse al interesado, por cuanto se trata de un derecho y la posible demora en resolución causa imputable a la administración y no se le puede penalizar por el ejercicio del mismo, en el caso enjuiciado con la denegación del acceso al mercado de trabajo<sup>96</sup> el que cual debe prorrogarse

---

94 FJ2 de la STS n°586/2020, de 28 de mayo 28, ECLI:ES:TS:2020:1421

95 Reglamento UE 604/2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido), DOUE-L-2013-81288

96 YANINI, M. M. (2021). Empleo y solicitantes de protección internacional: una garantía social del sistema comunitario de asilo: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de

hasta la efectiva deportación material del solicitante, dado que la autorización de trabajo estaría estrechamente relacionado con la dignidad de la persona y en beneficio, también, de la “estructuras de acogida del Estado”.<sup>97</sup>

Además, una vez estimada la medida cautelar solicitada por efecto del silencio positivo no cabe acordar su desestimación posterior pues se deben atribuir a los actos obtenidos por silencio los mismos efectos que los obtenidos de forma expresa, incluyendo la posibilidad de no ser contradichos por la propia Administración, como recuerda la STS de 5 de junio de 2006<sup>98</sup>.

Por todo ello debe entenderse que la estimación por silencio de las medidas cautelares conllevaría el mantenimiento del estatuto migratorio de solicitante de protección internacional con todos los derechos por aplicación del Derecho administrativo interno, y sin necesidad de referencia alguna al Derecho comunitario.

Con esta argumentación se pronunció la Abogacía del Estado en Soria a los efectos de dictaminar sobre la situación legal de las personas a las que se les habría notificado la incoación de expediente de expulsión tras la denegación del asilo y que habían interpuesto recurso de reposición con solicitud de medida cautelar de suspensión no resuelta por el Ministerio del Interior en el plazo legal. El Abogado del Estado responsable de este informe concluyó que el silencio positivo operaba con toda su fuerza suspendiéndose la totalidad de los efectos de la resolución denegatoria y recuperándose la condición de *solicitante* y, por tanto, todos los derechos anudados a la misma y reconocidos en la Ley de Asilo, procediendo el archivo del expediente de expulsión. No obstante, no se hace referencia ni se fundamenta adecuadamente en el Derecho comunitario, por lo que deja cuestiones no bien resueltas, si bien contiene un hilado y convincente entramado argumentativo.<sup>99</sup>

Entre las cuestiones mal resueltas se encuentra la pérdida de la condición de solicitante tras la notificación de la resolución denegatoria del asilo y hasta que las posibles medidas suspensivas entren en vigor, cuando se pretende concluir que se recuperaría el estatuto de solicitante, transcurrido un mes sin respuesta al recurso de reposición. Sin embargo, de una adecuada interpretación de la normativa procedimental debe comprenderse que el estatuto legal debe prorrogarse al menos hasta que el incidente cautelar en vía administrativa sea resuelto, ya sea por desestimación o estimación expresa o por silencio y dado que el acto administrativo no es firme o ejecutivo, constando la solicitud, por tanto, en trámite o inmersa en el procedimiento administrativo también durante el plazo para su interposición, debiendo mantenerse la condición de *solicitante* o, en todo caso, una vez estimada la medida teniendo efecto retroactivo desde la notificación de la resolución impugnada.

Cuestión resuelta por la normativa comunitaria de aplicación (art. 2 Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE, y art. 46.5 de la Directiva 2013/33/UE) que reconocen el mantenimiento de

---

enero de 2021 (asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. 2021, *CEF*, 127-137.

97 STJUE de 14 de enero de 2021, asuntos acumulados C-322/19 y C-385/19, ECLI:EU:C:2021:11

98 STS de 5 de junio de 2006, ECLI:ES:TS:2006:3227

99 AE R.5/2021, disponible en: <https://acogidasalamanca.files.wordpress.com/2021/04/aer-5-2021-solicitante-asilo-pendiente-recurso-expulsiones.pdf>

la condición de *solicitante* y el derecho a permanecer durante el plazo para interposición de recursos, por lo que la regularidad del período entre la notificación de la resolución y la contes-tación a medidas cautelares solicitadas con el recurso de reposición se encontraría garantizada por la aplicación del efecto directo de la directiva, en todo caso, siendo razonable únicamente discutir en relación a este breve período en particular si por la deficiente transposición nos en-contramamos ante una mera tolerancia o a una prórroga inalterada del estatuto migratorio como solicitante de protección internacional

Finalmente, cabe reconocer que el propio Ministerio del Interior documenta a las personas en fase de recursos cuando las medidas suspensivas son aceptadas por silencio e incluso llega a emitir certificados de acto presunto (art. 24.4 de la LPAC), especificando que la persona mantiene sus derechos y obligaciones como solicitante de asilo entre ellos el derecho y deber de obtener documentación identificativa. A este respecto, desde 1 de junio de 2023 también la Policía Nacional facilita un nuevo documento acreditativo de la condición de solicitante. Ejemplo de estos documentos puede consultarse en internet<sup>100</sup>.

De igual modo desde 1 de enero de 2023 el Ministerio de Inclusión también habría empe-zado a garantizar las condiciones materiales de acogida al solicitante en fase de recurso de reposición permitiendo el ingreso o reingreso en el Sistema de Acogida regulado por el Reglamento de Acogida o Real Decreto 220/2022<sup>101</sup> que transpone parcialmente la Di-rectiva 2013/33/UE para lo que tiene establecido como requisitos documentales para el acceso el justificante de la presentación del recurso pero también de haber solicitado el certificado de acto presunto de modo que se acredite haber transcurrido un mes sin res-puesta al recurso por demora de la Administración y por tanto tras la entrada en vigor de las medidas cautelares.<sup>102</sup>

## V. LA REALIDAD SOCIAL Y EL PRESUNTO USO ABUSIVO DEL PROCE-DIMIENTO DE ASILO PARA SOLICITAR ARRAIGO LABORAL

La negativa de la Administración a facilitar la residencia por motivos de arraigo laboral (e incluso otras residencias por arraigo desde abril de 2024) a quien haya pedido asilo y la con-fusión de parte de la jurisprudencia en hacer frente a la situación debería resolverse, en mi opinión, por otros caminos de los planteados con una mejora de la gestión del asilo, los flujos migratorios en general y una adecuada reforma conjunta de la normativa de extranjería y asilo resolviendo las lagunas existentes.

---

100 Acogidayasilo.blog, “Documentos de solicitantes de protección internacional en España”, disponibles en: <https://acogidayasilo.blog/procedimiento-de-asilo/>

101 Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, «BOE» núm. 76, de 30/03/2022.

102 Acogidayasilo.blog, “El MISSM permitirá el ingreso en el Sistema de acogida de las personas solici-tantes de asilo pendientes de recurso”, 4 de enero de 2023, disponible en: [acogidahttps://acogidayasilo.blog/2023/01/04/el-missm-facilitara-la-permanencia-en-el-sistema-de-acogida-de-las-personas-solicitan-tes-de-asilo-pendientes-de-recurso/](https://acogidayasilo.blog/2023/01/04/el-missm-facilitara-la-permanencia-en-el-sistema-de-acogida-de-las-personas-solicitan-tes-de-asilo-pendientes-de-recurso/)



Es evidente que la desidia de la Administración en no disponer de medios suficientes para la gestión del asilo facilita que a gran cantidad de personas les sea admitida a trámite su solicitud y sea respondida con gran demora (varios años), en especial en relación a los recursos de reposición, de modo que la práctica totalidad de las medidas cautelares solicitadas durante los recursos se vienen estimando por silencio. Esta incapacidad de resolver por la Administración en los plazos legales conferidos ha generado en la práctica un efecto automático de suspensión incluso de aquellas solicitudes manifiestamente infundadas. Y, por ello, también una mayor facilidad para el acceso a la residencia inicial por motivos de arraigo laboral u otros, dado que mientras la persona espera en el territorio va –como es lógico y natural– adquiriendo vínculos sociales, laborales e incluso familiares.

Así pues, constarían en las estadísticas sobre asilo de 2021 la presentación de más de 20.000 recursos administrativos en los últimos dos años<sup>103</sup>. En “2021 se presentaron 15.002 recursos administrativos frente a los 6.910 recursos interpuestos en 2020. Esto es, en un año el número de recursos administrativos interpuestos contra resoluciones de protección internacional se ha duplicado. En ámbito judicial, se ha pasado de registrar 3.317 recursos en 2020 a los 12.429 recursos interpuestos en 2021, esto es, se ha multiplicado casi por cuatro”<sup>104</sup>.

En cuanto al avance en la resolución de los mismos en el informe de 2022 se afirma la constancia de 484 recursos administrativos desestimados y 2.817 recursos judiciales desestimados y, por contra, se habrían resuelto con estimación 349 recursos en vía administrativa y 290 en vía judicial, en los que se incluye el reconocimiento de la condición de persona refugiada, la concesión de la protección subsidiaria y la autorización por razones humanitarias de protección internacional.<sup>105</sup>

En cuanto a los datos de las solicitudes no puede afirmarse que constituyan una “avalancha” o “coladero” como se viene aduciendo por opiniones interesadas desde ciertos ámbitos, puesto que la saturación de la instrucción se debe de forma evidente a los escasos recursos disponibles para el alto número de solicitudes que, desde lejos, siguen correspondiendo a las personas nacionales de Venezuela, con más de 45.670 solicitudes en 2022 de un total de 119.240, es decir un 38%, de las cuales suelen ser estimadas la inmensa mayoría esperándose para el 2023 tasas superiores al 90%<sup>106</sup>

La siguiente nacionalidad corresponde a Colombia con 36.074 solicitudes, siendo resueltas favorablemente de forma inicial 852 solicitudes constituyendo así el grupo más importante que

---

103 Ministerio del Interior “Asilo en cifras”, estadísticas sobre asilo, disponible online en: <https://www.interior.gob.es/opencms/ca/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/asilo-en-cifras/>

104 Ministerio del Interior, “Asilo en cifras 2021”, disponible para descarga en: [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Informe\\_actividad\\_OAR\\_2021.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Informe_actividad_OAR_2021.pdf)

105 Ministerio del Interior, “Asilo en cifras 2022”, disponible para descarga en: [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/asilo-en-cifras/Asilo\\_en\\_cifras\\_2022\\_12615089.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/asilo-en-cifras/Asilo_en_cifras_2022_12615089.pdf)

106 En 2022 se reconoció algún tipo de protección internacional a menos del 45% de las solicitudes de Venezuela de forma excepcional y por motivos no aclarados, volviendo a un criterio más favorable en 2023 que se espera una tasa superior al 95%.

tras la denegación se espera presentaría recursos de reposición y que en la práctica se podría estar beneficiando en mayor medida del arraigo laboral, lo que tampoco se compadece con los datos, pues dicho grupo opta mayoritariamente por el arraigo familiar y social.

Es de resaltar que las solicitudes procedentes de vías de entrada irregular son muy inferiores y casi testimoniales. Y en relación a países de origen los datos del año 2022 expresan que de todo el continente africano no se habrían alcanzado las 10.000 solicitudes, de las cuales el 40% aproximadamente procederían de Marruecos. No obstante, los datos de 2023 con gran probabilidad marcarán un gran repunte tras la crisis política del Senegal con un incremento general de las solicitudes de dicho país y países adyacentes como Gambia o inmersos en graves conflictos, como Mali o Burkina Faso, con alto nivel de reconocimiento.

Por otro lado, las solicitudes por arraigo laboral no se han incrementado de forma exponencial como se podría deducir del interés manifiesto de la Administración en limitar su acceso a los solicitantes de asilo. El incremento importante de concesiones de residencia por arraigo se debe a la modalidad social y familiar, reduciendo el tiempo medio de irregularidad que se venía manteniendo elevado<sup>107</sup>; pues en junio de 2023 se encontraría en 2,8 años reduciéndose en 8 meses en comparación con el año anterior y según las estadísticas oficiales ofrecidas por el Observatorio Permanente de la Inmigración<sup>108</sup>.

Así, las autorizaciones de residencia inicial por arraigo habrían alcanzado a 30 de junio de 2023 y en el último año las 190.414 personas con un crecimiento del doble respecto el año anterior en el que constaban registradas 95.948 personas y que se debe en un 43% al arraigo familiar (crecimiento interanual de 190,4%) y en un 38% al arraigo social (crecimiento interanual del 61,8%), mientras que el arraigo laboral habría tenido un incremento muy modesto (17,4%) tras la reconfiguración del mismo en 2021 que supuso el paso de 656 personas a junio de 2021 a 16.486 en junio de 2022. Sin duda, incrementos debidos a la modificación reglamentaria de 2022 de las figuras por arraigo, aumentando los supuestos de arraigo familiar y flexibilizando los requisitos económicos en el caso del arraigo social.

Por ello aunque conste la existencia de cierto número de personas que solicitando asilo ven facilitada su regularización y aunque provengan de países con un escaso reconocimiento de la necesidad de protección internacional, como Colombia, Marruecos o Senegal, no debe generarse una alarma desproporcionada aduciendo un presunto uso abusivo del procedimiento para obtener arraigo laboral, puesto que no consta en los datos y aunque de los requisitos del mismo pueda deducirse que podría facilitar o incentivar un uso instrumental saturando el sistema.

Una distorsión que, en todo caso, sería generada en exclusiva por la Administración ante la demora en los expedientes de asilo y las dificultades evidentes para facilitar una migración económica a través de vías legales alternativas como podrían representar prórrogas de estancia para búsqueda de empleo que podrían habilitar el acceso a residencia inicial conforme la

---

107 El País, “Los inmigrantes tardan en España 7,5 años de media en lograr permisos de residencia”, 7 de julio de 2022, disponible en: <https://elpais.com/espana/2022-07-07/los-inmigrantes-tardan-en-espana-7-5-anos-de-media-en-lograr-permisos-de-residencia.html>

108 OPI, “Estadística de personas con autorización de residencia por arraigo, 30 de junio de 2023, disponible en: <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/arraigo>

finalidad utilitarista de la normativa de extranjería y en consonancia con la actual coyuntura económica con alta demanda de empleo por la patronal en determinados sectores, como la agricultura, la hostelería, la construcción o el transporte.<sup>109</sup>

Y es que es evidente que cualquier persona extranjera que permanezca largo tiempo en España en situación regular verá facilitado el acceso a residencia por arraigo puesto que dicha figura, modelada por la jurisprudencia, es definida como “la existencia de vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otro tipo y que sean relevantes para apreciar el interés del recurrente en residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitado”<sup>110</sup>

Por ello no parece lo más adecuado intentar retorcer el Derecho vigente con interpretaciones que generan confusión y distorsiones en una recta aplicación por los operadores jurídicos tanto del Derecho de asilo como el Derecho de extranjería, los cuales forman parte de un único cuerpo de Derecho en la actualidad: el Derecho de migraciones. Y en especial manteniendo lagunas de interpretación, debiendo dar por el contrario soluciones a las problemáticas actuales integrando la normativa comunitaria sin menoscabo del derecho de asilo.

Y en este mismo sentido incluso se ha pronunciado el Tribunal Supremo en varias sentencias, por todas la STS de 3 de febrero de 2022 al expresar que “El riesgo de fraude de ley al que se alude por la Abogacía del Estado es fácilmente evitable por la Administración con la simple solución de resolver, en los breves plazos establecidos en la ley de asilo, sobre la admisión a trámite de las solicitudes manifiestamente infundadas, pero como advertíamos en nuestra sentencia de 8 de abril de 2021, rec. 2461/2020, “La necesaria conexión entre el derecho de asilo y el control de la inmigración no puede producirse a costa del derecho de asilo, sino partiendo de su riguroso respeto. La Administración es la que tiene en sus manos evitar el efecto previsto por el legislador con el simple mecanismo de resolver las peticiones que considere infundadas en plazo.”. Es, por tanto, la Administración la que tiene en sus manos, en los breves plazos de la ley de asilo, evitar los supuestos en los que se utilice de forma indebida el procedimiento de protección internacional para eludir de forma artificiosa las finalidades que persigue la Directiva de retorno que, por esta razón, no consideramos restringida en su eficacia por la interpretación que proponemos.”<sup>111</sup>

Por ello no puede negarse la situación de estancia legal de las personas solicitantes de protección internacional porque la Administración no inadmita a trámite solicitudes manifiestamente infundadas o se demore en la resolución de recursos de reposición, facilitando el acceso al arraigo laboral.

---

109 Cartv, “El sector del transporte asegura que faltan 1000 conductores profesionales en Aragón”, 16 de enero de 2020, disponibles en: <https://www.cartv.es/aragonnoticias/aragon/el-sector-del-transporte-asegura-que-faltan-1-000-conductores-profesionales-en-aragon-23062>

110 Por todas la STS 7514/2007, de 22 de noviembre, ECLI:ES:TS:2007:7514, más reciente la STS nº303/2020, de 2 de marzo

111 STS nº132/2022, de 3 de febrero, ECLI:ES:TS:2022:278; en la que se hace referencia a la doctrina de la STS nº1458/2021, de 13 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4935; y reiterada en STS nº1502/2021, de 16 de diciembre, ECLI: ES:TS:2021:4937

En todo caso, si es de interés del Gobierno restringir el acceso al arraigo laboral no sólo de los solicitantes de protección internacional (objeto de la reforma de 2022 del art. 124.1 del RELOEX al incluir el requisito de irregularidad) sino también de los ex solicitantes, pues no tendría más que enviar al BOE una modificación del reglamento explicitando, aclarando y fijando tal solución de forma auténtica, evitando el uso de instrucciones contrarias a Derecho y/o tener que dejar en manos del resto de operadores como Oficinas de Extranjería, letrados/as, Juzgados de lo Contencioso, Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo el intentar resolver esta cuestión, con cuantiosos daños para las personas afectadas y para el propio Estado de Derecho, especialmente para aquellas con necesidad de protección internacional que, en su mayoría, incluso, prefieren acogerse a la residencia por arraigo dada la demora de la Administración en resolver las solicitudes de asilo con un adecuado estudio de las mismas.

Ya de paso no estaría de más que se realice la tan ansiada reforma y actualización de la normativa de asilo (reglamento del 1995 que desarrolla la ley de 1984 y ley de asilo de 2009 que no transpone las Directivas de 2013 ni la jurisprudencia...) resolviendo con seguridad jurídica el peculiar estatuto jurídico del solicitante de asilo y en relación y concordancia con la normativa general de extranjería, evitando los continuos problemas de aplicación de dicha normativa a las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional por la falta de transposición<sup>112</sup>, al menos en relación a la situación jurídica del solicitante de protección internacional y la coordinación de dicho régimen con los procedimientos de extranjería.

En relación a la sentencia analizada parece una ocasión desaprovechada por el Tribunal Supremo que ha generado enorme confusión entre los operadores jurídicos recordando errores pasados en la interpretación de normativas nacionales e internacionales<sup>113</sup> y sin que se justifique por qué no plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el concepto de “permanencia del solicitante de asilo” y como se le viene reclamando desde la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre el caso y antes de resolver una cuestión de notoria complejidad<sup>114</sup>.

## VI CONCLUSIONES

En primer lugar, debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Supremo 414/2024 de 24 de enero tiene su origen en dos cuestiones jurídicas clave en los últimos años en materia de extranjería y asilo. Por un lado, la reconfiguración del arraigo laboral al comprenderse incluidas relaciones laborales no clandestinas y, por otro, la modificación del planteamiento judicial cautelar en materia de asilo conforme al derecho a un recurso efectivo contenido en la norma-

---

112 GARCÍA, N. C. (2021). Cuestiones prácticas y problemas derivados de la falta de transposición de las directivas europeas en materia de asilo en España. *Unión Europea Aranzadi*, (12), 5.

113 Cabe recordar la polémica y dilatada situación de inseguridad jurídica creada por las numerosas decisiones jurisprudenciales sobre el art. 53.1.a) de la LO 4/2000 (sanción de multa y/o expulsión por estancia irregular) y su finalmente conformidad con la Directiva 2008/115/CE.

114 NÚÑEZ HERRERA. V.E. (2024). Vinculación entre una resolución denegatoria del derecho de asilo, con suspensión de sus efectos, y la autorización de residencia temporal por arraigo laboral. *Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 103/2024 de 24 de enero de 2024 Rc. 8727/2022, Artículo Monográfico*, marzo 2024, SP/SENT/1209688

tiva comunitaria, prorrogándose el estatuto del solicitante de protección internacional durante la pendencia de recursos.

Así pues el recurso de casación interpuesto que da origen a la sentencia se refiere a la discusión acerca de la necesidad del requisito de la irregularidad para el acceso a la residencia por arraigo laboral antes de que se incluyera de forma explícita dicho requisito en la normativa reglamentaria. El Tribunal Supremo confirma la doctrina jurisprudencial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra por la cual se requiere partir de la irregularidad para el acceso a dicha residencia, incluso antes de la reforma del Reglamento de extranjería de julio de 2022.

No obstante, el Tribunal Supremo aprovecha el caso para interpretar que, durante la pendencia del recurso de reposición, la situación legal del solicitante de protección internacional no es de residencia legal conforme el art. 9 de la Directiva 2013/32/UE y ni siquiera de estancia, por motivo de la defectuosa transposición al ordenamiento interno del estatuto del solicitante de protección internacional durante la pendencia de recursos y la propia naturaleza del procedimiento de asilo durante dicha fase.

De este modo, se deduciría de la sentencia que es la normativa interna la que debe establecer cuál es la situación jurídica del solicitante durante la pendencia de recursos, interpretando que se trataría de una mera tolerancia fruto de la naturaleza revisora de los recursos y las medidas cautelares, impidiendo así la prórroga de la situación legal previa o la obtención de derechos, puesto que la efectividad cautelar se debería limitar meramente a la suspensión de efectos.

No obstante, y por aplicación del efecto directo de las directivas comunitarias, en todo caso se vuelve a reconocer que deben garantizarse los derechos de acogida, como el derecho a la permanencia, la autorización a trabajar y estar documentado durante dicho período, pero no siendo posible computar los períodos de cotización obtenidos durante la pendencia de recursos a efectos del acceso al arraigo laboral y al no tratarse de una situación de estancia o residencia.

Esta interpretación podría ser contraria a la normativa interna que reconoce de forma taxativa que las personas extranjeras deberán estar en situación de estancia o residencia, no siendo incompatible con el procedimiento de asilo. Además se define la situación de estancia como toda aquella permanencia legal de carácter temporal, siendo posible su prórroga en los casos en que se establezca y siendo posible autorizar la misma de forma excepcional cuando la entrada sea irregular o sin cumplir los requisitos generales en el cumplimiento de obligaciones internacionales o por motivos humanitarios, siendo de aplicación así los casos de solicitantes de protección internacional, cuyo estatuto legal se regularía por tanto por su especialidad en la normativa de asilo y, supletoriamente, por la normativa de extranjería, declarándose a todos los efectos como estancia.

Por otro lado, la naturaleza jurídica de la situación del solicitante de protección internacional es idéntica durante todo el procedimiento de asilo –en cualquier fase– y como el mismo Tribunal Supremo desde noviembre de 2022 en doctrina reiterada habría confirmado a través del cambio en la doctrina cautelar interpretando que de conformidad con la normativa comunitaria debe seguir aplicándose el derecho de asilo tras la denegación de la solicitud en vía administrativa y durante el procedimiento judicial, manteniéndose *inalterado* el estatuto como solici-

tante de protección internacional siendo posible garantizar a través de las medidas cautelares el derecho a permanecer, trabajar y estar documentado para ello.

En la normativa administrativa interna la presentación del recurso de reposición evita que la resolución desestimatoria sea firme o ejecutiva impidiendo entre en vigor los efectos de la misma, por lo que en definitiva provoca la prórroga del procedimiento administrativo y por tanto que la solicitud siga en trámite, debiéndose entender que durante dicho período la situación legal del solicitante es la misma que la previa la notificación de la desestimación y mientras no se conteste al recurso.

En todo caso las medidas cautelares solicitadas durante la pendencia del recurso en aplicación del derecho interno y comunitario apuntalan el mantenimiento y/o recuperación íntegra del estatuto legal del solicitante de protección internacional, no pudiendo atribuir a la persona consecuencia negativa alguna dado que la demora en la resolución es plenamente responsabilidad de la Administración.

Finalmente, la realidad social y los datos ofrecidos por el propio Ministerio del Interior no hacen más que confirmar que no hay un problema real sobre un uso abusivo del procedimiento de asilo para fines de regularización por motivos específicos de arraigo laboral, siendo la causa de la saturación y bloqueo del procedimiento de asilo la desidia de la Administración en resolver problemas de gestión pública como la excesiva demora en la resolución de los expedientes de asilo, las escasas vías de inmigración y la deficiente regulación legal del derecho de asilo y extranjería al no transponer adecuadamente la normativa comunitaria, por lo que no debería recortar los derechos de los solicitantes de asilo impidiendo el acceso a residencias por arraigo y descalificando la situación legal de estancia del solicitante en fase de recursos por ese motivo ni derivando al Poder judicial la resolución de problemas políticos y legislativos, quien además debería haber planteado una cuestión prejudicial en caso de duda razonable sobre la aplicación del Derecho comunitario.

# UNA DÉCADA DE REFORMAS EN EL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO Y LA SANTA SEDE: ANÁLISIS DE LA NUEVA GEOPOLÍTICA DE FRANCISCO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

## *A DECADE OF REFORM IN THE VATICAN CITY STATE AND THE HOLY SEE: AN ALYSING FRANCIS' NEW GEOPOLITICS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW*

VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO\*

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN; II. EL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO AL SERVICIO DE LA SANTA SEDE: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU NATURALEZA INSTRUMENTAL; III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO Y EL DERECHO INTERNACIONAL; IV. LA BÚSQUEDA DE LAS PERIFERIAS COMO EJE DE LA NUEVA POLÍTICA EXTERIOR DE FRANCISCO; V. EL COMPROMISO INTERNACIONAL CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO; VI. LA INTERVENCIÓN DE LA ORDEN DE MALTA Y LA REDEFINICIÓN DE SU VÍNCULO CON LA SANTA SEDE; VII. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** El pasado año se cumplió una década del pontificado de Francisco, primer papa no europeo en más de mil años y el primero latinoamericano en la historia de la Iglesia. Este artículo hace un análisis desde la óptica del derecho internacional público de las principales reformas que han tenido lugar durante su pontificado, así como de los hitos que han definido su nueva geopolítica. En este sentido, se abordarán cuestiones concretas como la finalidad de su renovada política exterior, calificada de nueva *Ostpolitik*. Asimismo, se estudiará el impacto de dichas reformas en el Estado de la Ciudad del Vaticano y en la Soberana Orden de Malta, así como en las relaciones internacionales con otros sujetos de derecho internacional, alejados tradicionalmente de la órbita vaticana.

**ABSTRACT:** Last year marked a decade of the pontificate of Pope Francis, the first non-European pope in over a thousand years and the first Latin American in the history of the Church. This article analyses from the perspective of public international law the main reforms that have taken place during his pontificate, as well as the milestones that have defined his new geopolitics. In this sense, it will address specific questions such as the purpose of his renewed foreign policy, described as the new *Ostpolitik*, as well as its consequences. The impact of these reforms on the Vatican City State and the Sovereign Order of Malta, as well as on international relations with other subjects of international law, traditionally far removed from the Vatican orbit, will also be studied.

**PALABRAS CLAVES:** geopolítica, Estado de la Ciudad del Vaticano, Santa Sede, China, política exterior, periferia, cambio climático, Orden de Malta.

---

Fecha de recepción del trabajo: 7 de marzo de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de mayo de 2024.

\* Profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Jaén. Email: [vlguti@ujaen.es](mailto:vlguti@ujaen.es). Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (sección Derecho internacional público). Trabajo realizado en el marco del Grupo de investigación SEJ-399 DECOMESI (Derecho común Europeo y Estudios Internacionales) del Sistema de Información Científica de Andalucía.

**KEYWORDS:** *geopolitics, Vatican City State, Holy See, China, foreign policy, periphery, climate change, Order of Malta.*

## I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente la geopolítica ha jugado un papel muy importante en el diseño y desarrollo de las relaciones internacionales de la Santa Sede y del Estado de la Ciudad del Vaticano (en adelante, ECV), así como en sus relaciones con otros sujetos de derecho internacional. Podría afirmarse, que los papas, como máxima autoridad de ambos sujetos de derecho internacional, han ido adaptando –e incluso anticipando– los ejes de sus políticas a los cambios estructurales de la sociedad internacional. Si Juan Pablo II basó su pontificado en una estrategia dirigida a la consolidación de la democracia en la Europa del Este y la lucha contra el comunismo<sup>1</sup>, la de su sucesor, Benedicto XVI, supuso un retorno a la defensa de los valores de occidente, reforzando el vínculo geográfico entre la tradición católica y el viejo continente<sup>2</sup>. Esta línea de acción, sin embargo, parece haber cambiado significativamente con la llegada del papa Francisco –el primer papa no europeo en más de mil años y el único americano en la historia de la Iglesia<sup>3</sup>– quien parece haber reemplazado el *razonamiento metódico* de su antecesor por un *pragmatismo social* acompañado de importantes reformas (no exentas, sin embargo, de críticas) tanto en la estructura del ECV, como en la política exterior de la Santa Sede.

La noche de su elección, el 13 de marzo de 2013, el cardenal argentino Jorge Bergoglio se presentó ante la multitud que lo esperaba expectante en el Vaticano como un papa “periférico”. Asomado al balcón del palacio de la Basílica de San Pedro inició su discurso con unas palabras que aventuraban los ejes de su política internacional y de sus posteriores reformas: “sabéis que el deber del cónclave era dar un obispo a Roma. Parece que mis hermanos carde-

---

1 Con su famoso “no tengáis miedo” Juan Pablo II inició un papado que situaría la política vaticana en el centro de la escena mundial. A la lucha contra el comunismo, le siguieron posicionamientos políticos que alejaron a la Santa Sede de su tradicional neutralidad y que irían desde el apoyo a intervenciones militares humanitarias (Timor oriental, Haití, los Grandes Lagos) hasta el apoyo a las operaciones en Afganistán tras los atentados del 11-S, pasando por la oposición a la invasión de Iraq de 1990. Para más información véase SOMIEDO GARCÍA, J.P., “La diplomacia vaticana y su influencia como actor destacado en la actualidad de las relaciones internacionales” (Documento de opinión), *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 117, 2016. Disponible en [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2016/DIEEEO117-2016\\_DiplomaciaVaticana\\_JuanPabloSomiedo.pdf](https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO117-2016_DiplomaciaVaticana_JuanPabloSomiedo.pdf) [consulta: 10/05/2024].

2 El pontificado de Benedicto XVI se caracterizó por la denuncia de la dictadura del relativismo, así como por el empeño de conciliar la fe y la razón. Para más información véase SOMIEDO GARCÍA, J.P., “La geopolítica vaticana: de Juan Pablo II a Benedicto XVI” (Documento de Opinión), *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm.16, 2013, pp. 1-20. Véase también RICCI, A., “Dieci anni di geopolitica di Papa Francesco”, *Geopolitica.info*. Disponible en <https://www.geopolitica.info/dieci-anni-geopolitica-papa-francesco/> [consulta: 10/05/2024].

3 Hay que remontarse a San Gregorio III (nacido en Siria en 690 y que fue papa entre 731 y 741), para encontrar un papa no europeo. Antes de éste, varios papas procedieron de África y del actual Oriente Medio, como el primero de todos, Pedro, nacido en Galilea y se convirtió en papa en el año 33.



nales han ido a buscarlo casi al fin del mundo (...)<sup>4</sup>. Con la expresión *casi al fin del mundo*, el pontífice parecía anunciar (consciente o inconscientemente) su voluntad de revisar la tradicional geopolítica vaticana, así como sus futuras reformas, caracterizadas por una *huida de la centralidad europea*. Desde entonces, la búsqueda de las “periferias” se ha convertido en el principal motor de su pontificado, que ha dado lugar a un cambio sustancial en las relaciones con otros Estados y organizaciones internacionales.

Con este trabajo proponemos realizar un estudio crítico desde el derecho internacional público de las principales reformas que ha llevado a cabo el papa Francisco, en su doble condición de máxima autoridad de dos sujetos independientes de derecho internacional, el ECV y la Santa Sede. Por lo que a la presentación de este artículo se refiere, éste se ordena en varios apartados. En el primero haremos unas breves reflexiones sobre la naturaleza del ECV como sujeto instrumental al servicio de la Santa Sede para después, en un segundo apartado, explicar las características de la nueva constitución del ECV. En este sentido, analizaremos las previsiones constitucionales relativas a la recepción y aplicación del derecho internacional en territorio vaticano. Asimismo, en los siguientes apartados, se estudiarán los ejes de la nueva geopolítica del papa Francisco con el objeto de poder analizar, *a posteriori*, su impacto en la política exterior de la Santa Sede. Con esta original aproximación sistemática pretendemos aportar un valor añadido a otros trabajos doctrinales sobre esta misma materia. Metodológicamente, además de la revisión doctrinal y la exégesis sistemática de la normativa internacional e interna, nos proponemos estudiar los cambios que se han producido en las relaciones internacionales del ECV y la Santa Sede bajo el pontificado de Francisco, prestando especial atención a la redefinición de éstas con otros sujetos de derecho internacional, como la República Popular China o la Soberana Orden de Malta.

## **II. EL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO AL SERVICIO DE LA SANTA SEDE: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU NATURALEZA INSTRUMENTAL**

La Santa Sede es considerada internacionalmente como un sujeto *sui generis* no estatal, que despliega su actividad a nivel universal y que, jurídicamente, ejerce el gobierno de otro sujeto de derecho internacional, en concreto, el ECV<sup>5</sup>. En este sentido, cabe señalar que el reconocimiento de su subjetividad es una cuestión pacífica en nuestros días, en la medida en que así

---

4 Puede consultarse el texto del primer saludo del papa Francisco (bendición apostólica *Urbi et Orbi*) el 13 de marzo de 2013 en [https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2013/march/documents/papa-francesco\\_20130313\\_benedizione-urbi-et-orbi.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2013/march/documents/papa-francesco_20130313_benedizione-urbi-et-orbi.html) [consulta: 10/05/2024].

5 Para un estudio de la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede véase ESPALIÚ BERDUD, C., “La personalidad jurídica internacional de la Santa Sede a fines del siglo XX”, en CASTAÑEDA, P. y COCIÑA ABELLA, M.J. (coord.), *Europa de las regiones y humanismo cristiano. Actas del VIII simposio de Historia de la Iglesia en España y América*, Obra Social y Cultural Cajasur, Córdoba, 1999, pp. 221-246. Asimismo, para un estudio del papel de ésta en el contexto internacional y, en particular, en Naciones Unidas véase CORRAL SALVADOR, C. y SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: “La participación de la Santa Sede en las Naciones Unidas: su nuevo estatuto de Estado observador permanente”, *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, 2005, pp. 449-474.

viene aceptada por la doctrina especializada y la práctica internacional, sobre todo tras la firma de los pactos lateranenses en 1929. Y es que, tras la celebración de éstos, no solo surge, como veremos más adelante, un nuevo Estado, sino que se sientan las bases internacionales para el reconocimiento y protección real de las prerrogativas soberanas de la Santa Sede como sujeto independiente<sup>6</sup>. A partir de ese momento, cabe preguntarse cómo se pueden conciliar estas dos realidades subjetivas.

Los Pactos de Letrán, firmados el 11 de febrero de 1929, por Benito Mussolini y el Cardenal Pedro Gasparri, como plenipotenciarios del Rey Víctor Manuel III y el papa Pío XI, respectivamente, pusieron fin al conflicto diplomático e internacional, que durante más de medio siglo enfrentó a la Santa Sede y al Reino de Italia a causa de la *debellatio*<sup>7</sup> de los Estados pontificios. Y es que tras la desaparición de éstos en 1870 a causa del proceso de reunificación italiana, se produce una fractura de las relaciones entre la Iglesia y el nuevo Reino de Italia, conocida como *la cuestión romana*<sup>8</sup>, que condicionó en gran medida la participación de la Santa Sede en foros internacionales y en las relaciones con otros países. En este sentido, tras la pérdida de su territorio, el papa Pío IX no solo se negó a reconocer la existencia del reino italiano, sino que se recluyó en la ciudad del Vaticano, prohibiendo a los católicos bajo severas penas canónicas toda participación activa en la política italiana (*nè eletti, nè elettori*) y excomulgando, incluso al Rey de Italia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, además de cerrar la *cuestión romana* y el consiguiente debate sobre la subjetividad internacional de la Santa Sede, los pactos lateranenses constituyeron el acto fundacional de un nuevo sujeto en la comunidad internacional, el ECV, que surgiría *ex*

6 Para más información CORRAL SALVADOR, C., *LX Aniversario del Estado de la Ciudad del Vaticano (1929–1989). La garantía territorial-estatal de una soberanía espiritual*, serie Lecciones inaugurales, núm. 15, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1989.

7 Con la expresión *debellatio* –en español, derrota o acto de conquista o sometimiento– se hace referencia al título histórico de adquisición de territorio, no reconocido por el derecho internacional vigente y mediante el cual un Estado derrotado en una guerra es sometido completamente a la autoridad del Estado vencedor, que le sustituye como soberano del territorio. En el caso de los Estados Pontificios, la práctica totalidad de su territorio, con excepción de los palacios pontificales, desaparecieron pasando a formar parte del nuevo Reino de Italia tras culminar el proceso de reunificación. Para un estudio del tema puede consultarse RIGUEIRO GARCÍA, J., *De los Estados pontificios a la ciudad del Vaticano: un camino en manos de la Santa Sede*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2003, así como PIOLA, A., “*Debellatio*” dell’antico Stato Pontificio e parti contraenti nel Trattato Lateranense (a proposito di un libro recente)”, *Rivista di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 449-465.

8 Con este término se hace referencia al enfrentamiento que mantuvo la Santa Sede con el Reino de Italia, con ocasión de la desaparición de los Estados Pontificios como consecuencia de la reunificación italiana. Y es que, tras la celebración del plebiscito de reunificación italiana en 1870 los papas se vieron desprovistos de forma abrupta de la base territorial sobre la que habían ejercido su poder terrenal, abriéndose con ello un conflicto –conocido como la *cuestión romana*– que se extendería hasta 1929 con importantes repercusiones internacionales. Las negociaciones para su solución comenzaron en 1926 entre el gobierno de Italia y la Santa Sede. En ellos la Santa Sede renunció a sus pretensiones sobre la mayor parte de la ciudad de Roma a cambio de ver reconocida su soberanía e independencia y de la creación de la Ciudad del Vaticano como Estado independiente bajo el poder del papa. Para más información sobre este tema véase PREVITÉ-ORTÓN, CH. W., *The Later Roman Empire to the twelfth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 1966.

*novo*<sup>9</sup> sin modificar la personalidad jurídica de ninguno de los sujetos que lo crearon. Ahora bien, para una mejor comprensión del tema objeto de estudio, conviene recordar que estos pactos estuvieron formados por tres acuerdos: uno de carácter político, otro concordatario (relacionado con el régimen eclesiástico)<sup>10</sup> y un tercero de carácter financiero, relativo a la regulación de los créditos que la Santa Sede hizo valer en compensación de las confiscaciones sufridas tras la pérdida de los Estados Pontificios<sup>11</sup>. Sin duda, el más importante de todos ellos es el primero, el de carácter político, ya que en él se reconoce expresamente la inviolabilidad de la persona del papa y la subjetividad de la Santa Sede en el contexto internacional, así como el ejercicio de su propiedad plena y exclusiva sobre la Ciudad del Vaticano<sup>12</sup>, convertida ahora en Estado. Parece lógico afirmar, a tenor de lo expuesto, que el mero hecho de la celebración de dichos pactos supone la preexistencia de la subjetividad jurídica internacional de la Santa Sede<sup>13</sup> a la del nuevo ECV, así como la independencia y autonomía internacional de ambos en

- 
- 9 Cabe señalar a este respecto, que el ECV no viene a suceder ni a reemplazar, desde el punto de vista de la subjetividad internacional, a los Estados Pontificios, ya que éstos desaparecieron en 1870, tras culminar el proceso de reunificación italiana.
- 10 El segundo de los acuerdos, el relativo a la naturaleza eclesial, tenía por objeto asegurar a la Iglesia Católica una situación privilegiada en el reino de Italia al serle reconocida el estatus de religión de Estado, así como garantizarle la prestación de la fuerza pública para la ejecución de sus sentencias. Compromisos todos ellos que, con el paso del tiempo, darían lugar a inevitables tensiones entre la Santa Sede y el Gobierno de Italia, como consecuencia de la adopción por este último de disposiciones legales contrarias a la doctrina católica, como la que tuvo lugar en 1970 con la aprobación de la ley del divorcio. Para más información, véase SANTO, B., *Ley de divorcio italiana* en línea [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/46/rucv\\_1970\\_46\\_249-258.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/46/rucv_1970_46_249-258.pdf) [consulta: 10/05/2024].
- 11 Por último, el tercer acuerdo (el financiero) establecía una serie de compromisos económicos a favor de la Sede Apostólica, entre los que se encontraba el pago de una suma de dinero, a modo de compensación por la pérdida de los Estados Pontificios, además de un título de renta a su favor.
- 12 El artículo 3 del Tratado de Letrán de 1929 afirma expresamente que “Italia reconoce a la Santa Sede la plena propiedad, y la exclusiva y absoluta potestad y jurisdicción soberana sobre el Vaticano, según está constituido actualmente, con todas sus pertenencias y dotaciones, creándose a tal efecto la Ciudad del Vaticano para los fines especiales y con las modalidades que dicta el presente Tratado. Los confines de dicha Ciudad están indicados en el plano del anexo 1 al presente Tratado, el cual forma parte integrante del mismo. Queda entendido, por tanto, que la plaza de San Pedro, aun formando parte de la Ciudad del Vaticano, continuará a abrirse normalmente al público, y estará sujeta a la vigilancia policial de las autoridades italianas, limitándose hasta los pies de la escalinata de la Basílica, aunque ésta continúe a destinarse al culto público, y se abstendrán, por lo tanto, de subir y acceder a dicha Basílica, salvo cuando sean invitados a intervenir por la autoridad competente. Cuando la Santa Sede, en vista de funciones particulares, creyese sustraer temporalmente la plaza de San Pedro al libre tránsito del público, las autoridades italianas, a no ser que sean invitadas a quedarse por la autoridad competente, se retirarán detrás de la demarcación externa de la columnata de Bernini y su prolongación” (la traducción es nuestra). El texto original puede consultarse en *Treaty of the Lateran*, 11 Feb, 1929, *Italy-Vatican City*, OVTS 161 Europ. TS núm. 590019.
- 13 Y es que, como afirma el profesor Llanos Mansilla “totalmente inadmisibles mantener que fuera el propio Estado de la Ciudad de El Vaticano quien pactara, pues éste aún no había nacido”, en LLANOS MANSILLA, H., *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2021.

la sociedad internacional<sup>14</sup>, no solo entre sí, sino también respecto del Estado italiano<sup>15</sup> cuya constitución de 1947 se hacía eco expresamente de esta realidad<sup>16</sup>.

Atendiendo pues a lo expuesto, podría afirmarse que la Santa Sede y el ECV, se presentan en la sociedad internacional como sujetos de derecho internacional independientes, aunque con diferente naturaleza<sup>17</sup>. La de la Santa Sede podría calificarse de *sui generis*, en cuanto que encuentra su fundamento jurídico en razones históricas relativas a la autoridad moral del papa<sup>18</sup> y la del ECV, que puede calificarse de “estatal”, en la medida en que reúne todos los rasgos básicos de cualquier Estado, aunque con cierta singularidad. En efecto, éste presenta todo un conjunto de peculiaridades, más allá de las relativas a su territorio<sup>19</sup> y población, que vale la pena recordar y que nos ayudan a entender su anómala naturaleza. Piénsese, por ejemplo, en

- 
- 14 Y es que, como recuerda el profesor Díez de Velasco, tanto la Santa Sede como el ECV son sujetos con personalidad jurídica independiente “cuyo nexo de unión aparece perfectamente diáfano en el tratado lateranense, especialmente en los artículos 23, 24 y 26 del mismo”. Por esta razón, más allá del carácter instrumental que a aquél se le pueda atribuir, no cabe duda de que *per se* es un sujeto de derecho internacional y que se comporta como tal en la escena internacional. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 286 y ss.
- 15 VIEJO-XIMÉNEZ, J.M., “Posición jurídica de la Iglesia católica en el orden internacional”, *Revista Española de Derecho Canónico*, CSIC, Madrid, 2005, p. 148.
- 16 Circunstancia ésta que, años más tarde, también se reconocería en el derecho interno del Estado italiano, como prueba el artículo 7 de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 Artículo 7 “el Estado y la Iglesia católica son cada uno en su propia esfera independientes y soberanos. Sus relaciones se regularán por los Tratados de Letrán. Las modificaciones de los Tratados aceptadas por ambas partes no requerirán procedimiento de revisión constitucional” (original italiano). Texto extraído de RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M., *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 343.
- 17 El planteamiento del que partimos es el seguido por la doctrina mayoritaria, sin embargo, hay quienes niegan la independencia del Estado de la Ciudad del Vaticano por su carácter instrumental al servicio de la Sede Apostólica cuestionando su subjetividad internacional. Este es el caso, entre otros, de los profesores Ferlito y Soler, quienes afirman que aquél no es un sujeto distinto de la Santa Sede, sino el órgano mediante el cual ésta posee y ejerce su soberanía (FERLITO, S. *L'attività internazionale della Santa Sede*. Milano, Giuffrè, 1988 y SOLER, C., “La Santa Sede y la Comunidad Internacional durante el siglo XX”, en *Anuario de historia de la Iglesia*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1997, pags. 219-227). Razonamiento que, si bien parece responder a una lógica histórica, no se corresponde, a nuestro juicio, con la práctica internacional. Para más información sobre este tema véase ROSSI, P., “Status internazionale della Santa Sede e categoria della statualità”, *La Comunità internazionale*, vol. LXXVII, núm. 1, 2022 pp. 75-100.
- 18 La subjetividad internacional de la Santa Sede se remonta al nacimiento de la Iglesia misma y tiene una innegable base histórica, unida, por una parte, a la autoridad moral de la que gozaban los papas ante los reinos cristianos, y por otra, a la existencia de un Estado (el Pontificio) sobre el que aquéllos ejercían soberanía. Así se puede inferir de la lectura de LEZIROLI, G., *Relazioni fra Chiesa Cattolica e potere politico: la religione come limite del potere. Cenni storici*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 160-162. Para profundizar sobre este tema véase también GRAHAM, R.A., *Diplomazia pontificia. Studio sulla Chiesa e lo Stato sul piano internazionale*, edizioni Paoline, Roma, 1962, pp. 287-289. Para un estudio detallado de los fundamentos de la subjetividad internacional de la Santa Sede véase la reciente publicación GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., *La Subjetividad de la Santa Sede en la Sociedad Internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- 19 Se trata del Estado más pequeño del mundo –aún más que Singapur y Mónaco– con una extensión de 44 hectáreas, sobre la que la Santa Sede ejerce soberanía Para más información véase ESTADO CIUDAD DEL VATICANO (ed.), *Estado y Gobierno*, Ciudad del Vaticano, 2012, citado en GÓMEZ BETANCUR, M.A.; RAMÍREZ TAMAYO, N.; COLLAZOS MOLINA, J.A., “La influencia geopolítica del papado después del Concilio Vaticano II”, *Argos*, 2016, pp. 77-78.

a) la inmutabilidad de sus límites, los cuales no solo se presentan como una autolimitación derivada de su derecho constitucional, sino como consecuencia de un acuerdo de voluntades de otros sujetos (Santa Sede y Reino de Italia), plasmadas en un acuerdo convencional, b) la naturaleza misma de su espacio físico, que, atendiendo a la literalidad de los pactos lateranenses, se autoconfigura más como patrimonio privado que como un territorio estatal, al reconocérsele a la Santa Sede la plena propiedad (y no soberanía) del mismo<sup>20</sup> y c) la mayor importancia que en relación con su fin posee el elemento territorial sobre el personal, contrariamente a lo que viene sucediendo con el resto de Estados, en los que la población constituye el elemento primario.

En relación con esta última característica, hay que tener en cuenta que, a diferencia de los demás Estados, que por definición son entes políticos al servicio de su población, el ECV fue creado con una finalidad decididamente instrumental, apolítica y trascendente a aquélla: la de garantizar la independencia y soberanía de la Santa Sede en el contexto internacional. Un claro testimonio de esta finalidad son algunos de los discursos pronunciados por los papas antes y después de la firma de los citados pactos lateranenses. Sirvan como ejemplo, entre otros, el discurso pronunciado por Pío XI justo antes de la firma de los citados pactos<sup>21</sup> o el realizado por Pablo VI ante la Asamblea General de Naciones Unidas en 1965<sup>22</sup>. En este sentido, podría decirse que esta intencionalidad funcional explica la redacción del artículo 2 de su nueva constitución (2023), según el cual “El Estado de la Ciudad del Vaticano asegura la absoluta y visible independencia de la Santa Sede para el cumplimiento de su alta misión en el mundo y garantiza su incuestionable soberanía también en el ámbito internacional”, así como la lógica de su propia estructura y funcionamiento. Y es que, no podemos olvidar, como ya pusimos de manifiesto, que el ECV además de estar regulado por los citados pactos lateranenses también lo está por las leyes fundamentales promulgadas por su jefe de Estado (el papa), máxima autoridad de la Santa Sede. Esta circunstancia explica que haya prerrogativas soberanas propias de

---

20 El artículo 14 establece que “Italia reconoce a la Santa Sede la plena propiedad del palacio pontificio de Castelgandolfo con todas las dotaciones, bienes y dependencias (...) obligándose a ceder igualmente para su plena propiedad, la Villa Barberini en Castelgandolfo con todas las dotaciones, bienes y dependencias (...) Italia traslada, finalmente, a la Santa Sede en plena y libre propiedad, los edificios exconventuales en Roma anexos a la Basílica de los Santos Doce Apóstoles y a las iglesias de San Andrea de la Valle y de San Carlo a los Catinari, con todos los anexos y dependencias (...)” (la traducción es nuestra). El texto original puede consultarse en *Treaty of the Lateran*, 11 Feb, 1929, *Italy-Vatican City*, OVTS 161 Europ. TS núm. 590019.

21 “Hemos querido mostrar de manera perentoria que ninguna codicia terrena mueve al Vicario de Jesucristo, sino sólo la conciencia de lo que no es posible no exigir; pues cierta soberanía territorial es una condición universalmente reconocida como indispensable para toda verdadera soberanía jurisdiccional: por tanto, al menos aquella cantidad de territorio que baste como soporte de la soberanía misma; esa cantidad de territorio, sin la cual no podría subsistir, porque no tendría dónde descansar La traducción es nuestra. Original en italiano. PÍO XI, *Allocuzione di sua Santità Pio XI ai predicatori del periodo quaresimale in occasione della firma del trattato e del concordato nel palazzo lateranense. Il nostro piú cordiale*, 11 febbraio 1929, disponible en [https://www.vatican.va/content/pius-xi/it/speeches/documents/hf\\_p-xi\\_spe\\_19290211\\_piu-cordiale.html](https://www.vatican.va/content/pius-xi/it/speeches/documents/hf_p-xi_spe_19290211_piu-cordiale.html) [consulta: 10/05/2024].

22 PAULO VI. *Discurso en la Asamblea General de las Naciones Unidas con ocasión de su visita a la ONU el 4 de octubre de 1965*. Disponible en [http://www.vatican.va/holy\\_father/paul\\_vi/speeches/1965/documents/](http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/speeches/1965/documents/) [consulta: 10/05/2024].

un Estado, que, sin embargo, el ECV apenas desarrolla o llega a poner en práctica. Sirva como ejemplo, entre otras, el *ius legationis* (capacidad diplomática de recibir y enviar representantes) o el *ius conventionis o ius tractandi* (capacidad convencional de concluir acuerdos internacionales e implementarlos en su propio ordenamiento jurídico). Facultades todas ellas que vienen ejercidas en la práctica por la Santa Sede: los embajadores son acreditados oficialmente por ésta última y no por la Ciudad del Vaticano y los representantes del papa son reconocidos como representantes de la Santa Sede y no del ECV<sup>23</sup>.

Aunque el nacimiento del ECV pueda parecer algo simbólico, no cabe duda de que su creación tiene un gran significado jurídico en la medida en que, gracias a su existencia, la Santa Sede puede estar presente en determinados foros y organismos internacionales en los que de otro modo le sería imposible. Así, por ejemplo, es el ECV y no aquélla, el que está presente como sujeto de derecho internacional en determinadas organizaciones internacionales (Unión Postal Universal, Unión Internacional de Telecomunicaciones...), así como en determinados acuerdos internacionales en los que, por su finalidad, es necesario la existencia de una base territorial. Sirva como ejemplo, entre otros, el Acuerdo de Salvaguardias de 26 de junio de 1972, asociado al Tratado de No Proliferación Nuclear de 1 de julio de 1968<sup>24</sup>, del que forma parte el ECV<sup>25</sup>. Asimismo, el carácter funcional con el que inicialmente fue creado el ECV se ha visto reforzado por su propio ordenamiento interno, como puede inferirse del tenor literal de la Ley fundamental de 27 de junio de 1929, en la que, no solo se reitera la plenitud de poderes del Romano Pontífice sobre su territorio, sino que, como veremos a continuación, también se establece un orden de prelación de normas en el que el derecho de la Iglesia (derecho canónico), ocupa un lugar preeminente como fuente de su ordenamiento jurídico interno.

### III LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE LA CIUDAD DEL VATICANO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Para responder a las necesidades a las que tiene que hacer frente la Iglesia en la sociedad contemporánea y hacer operativas las situaciones derivadas de los compromisos internacionales asumidos por la Sede Apostólica, el papa Francisco promulgó el 13 de mayo de 2023 una nue-

23 El ejercicio de estas facultades lo ejerce la Santa Sede, de conformidad con las normas de derecho internacional público y su derecho interno, quedando regulado, en este caso, por los cánones 362-365 del Código de Derecho canónico. Véase BAC (ed), *Código de Derecho Canónico*, edición bilingüe, BAC, Madrid, 1990, pp. 159-163.

24 Los acuerdos de salvaguardias entre los distintos Estados y la Organización Internacional de la Energía Atómica (OIEA) rigen la aplicación de la labor de verificación nuclear de esta organización. En la actualidad, esta organización aplica salvaguardias en 185 Estados de todo el mundo, 178 de los cuales tienen un acuerdo de salvaguardias amplias (ASA) en vigor. La concertación de un ASA con el OIEA es obligatoria para todos los Estados no poseedores de armas nucleares que son Partes en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP).

25 El Estado de la Ciudad del Vaticano ha firmado este tratado. Los únicos países que no lo han hecho son India, Israel, Pakistán y Sudán del Sur. En 2003 se retiró Corea del Norte. El texto en español puede consultarse en [https://unoda-web.s3-accelerate.amazonaws.com/wp-content/uploads/assets/WMD/Nuclear/pdf/NPTSpanish\\_Text.pdf](https://unoda-web.s3-accelerate.amazonaws.com/wp-content/uploads/assets/WMD/Nuclear/pdf/NPTSpanish_Text.pdf) [consulta: 10/05/2024].

va Ley Fundamental para el ECV<sup>26</sup>, sustituyendo la anterior norma constitucional, aprobada el 26 de noviembre de 2000 por Juan Pablo II y que, a su vez, vino a reemplazar la aprobada por el primer soberano del ECV (el papa Pío XI) el 7 de junio de 1929. Esta nueva constitución, por tanto, se inscribe en el marco de las numerosas reformas que ha emprendido el papa Francisco desde el inicio de su pontificado<sup>27</sup>. Todo apunta a que ésta se ha llevado a cabo para dar fisonomía constitutiva al ECV, a sus poderes y al ejercicio de sus funciones, elevando a rango constitucional algunas actualizaciones normativas previamente reguladas en su derecho interno tras la reforma de determinadas leyes como la Ley sobre las Fuentes del Derecho, la Ley sobre el Gobierno del Estado y la Ley sobre el Ordenamiento Jurídico<sup>28</sup>. Se trata, como ya sucedía con las anteriores, de una constitución con un reducido número de artículos (24 en total), precedidos de un preámbulo que se presenta como un instrumento hermenéutico del texto constitucional, en la medida en el que se hace en él toda una declaración de intenciones sobre su promulgación.

En conjunto son pocas las referencias que el nuevo texto constitucional hace al derecho internacional público, estando todas ellas destinadas a reforzar la personalidad jurídica internacional del ECV y de la Santa Sede, recordando, como ya expusimos, el carácter funcional de aquél (art. 2). Podría decirse, en este sentido, que el principal interés que ha despertado el derecho internacional en el legislador constitucional ha sido, precisamente, las garantías y prerrogativas que este ordenamiento jurídico proporciona a la Iglesia en la sociedad internacional. Por otra parte, cabe destacar que no hay referencia alguna a los principios básicos o estructurales del ordenamiento jurídico internacional, a su potencial participación en organizaciones internacionales o al compromiso con la Paz y Seguridad internacional. Esta circunstancia, sin embargo, no debe interpretarse, como una ausencia de interés o una posición contraria. Todo lo contrario. Esta circunstancia podría deberse, como también ocurre con la ausencia a cualquier referencia al carácter confesional del ECV, a la obviedad misma de estas afirmaciones<sup>29</sup>. Y es que, el interés de la Santa Sede por promover la Paz y la solución de conflictos ha sido una constante en su historia, interviniendo a iniciativa propia o a petición de terceros, en conflictos internacionales o en situaciones de tensión entre Estados con el fin de evitar enfrentamientos<sup>30</sup>. Práctica ésta que se remonta a épocas inmemoriales

---

26 Para más información sobre la reforma véase BAZÁN, R., “The new constitution of the Vatican City State”, *Omnis*, mayo 2023, disponible en <https://omnesmag.com/en/newsroom/new-constitution-of-the-vatican-state/> [consulta: 10/05/2024].

27 Fruto de un largo proceso de escucha que comenzó con las Congregaciones Generales que precedieron al Cónclave de 2013, la nueva Constitución, que sustituye a la promulgada por Juan Pablo II, consta de 250 artículos.

28 Para un estudio de dicha Ley véase LANDETE, J., “Las fuentes del derecho vaticano. Comentario legislativo de la nueva Ley LXXXI de Fuentes del Derecho de 1 de octubre de 2008”, *Ius Canonicum*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2009, pp. 623-651.

29 LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., “La confesionalidad católica de los microestados europeos”, *Derecho y Religión*, vol. X, Madrid, Delta publicaciones, 2015, p. 203.

30 DÍEZ DE VELASCO, M. y SOBRINO HEREDIA, J.M., “Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (II): la solución pacífica de las controversias internacionales, (Los medios de arreglo diplomático y el arbitraje)”, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 771-89. Asimismo, puede consultarse la práctica internacional de la Santa Sede en la solución de conflictos internacionales a lo largo de su historia en GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L., *op. cit.*

y que tiene su mayor manifestación en la Edad Media, periodo durante el cual la centralidad de la institución eclesiástica permitió que los papas fueran concebidos como árbitros o mediadores en conflictos entre reinos cristianos<sup>31</sup>. De hecho, esta capacidad para resolver conflictos quedó reconocida expresamente en los Tratados de Letrán, reconociéndose con ello su carácter neutral<sup>32</sup>.

El artículo 6 de la nueva constitución<sup>33</sup>, como ya sucedía en las anteriores, reconoce como jefe de Estado al Sumo Pontífice, máxima autoridad de la Santa Sede, atribuyéndole competencia exclusiva para la representación internacional, así como para el desarrollo de las relaciones con otros sujetos de derecho internacional y la conclusión de tratados. Competencias todas ellas a las que ya hace referencia el artículo 1 de la Ley sobre Fuentes del Derecho de 1 de octubre de 2008, en el que, además, se afirma expresamente que “el ordenamiento jurídico vaticano se ajustará a las normas del derecho internacional general y a las derivadas de los tratados y otros acuerdos en los que la Santa Sede sea parte”<sup>34</sup>.

Por todo ello y teniendo en cuenta lo expuesto, puede afirmarse que en el nuevo orden constitucional vaticano las competencias en materia de políticas exterior y representación diplomática se enmarcan en una concentración absoluta de poder que, expresamente, se le reconoce al papa, circunstancia ésta que hace del ECV la única monarquía absoluta, no hereditaria y electiva del mundo y que sitúa su sistema de gobierno, en palabras del profesor Figgis, cerca de la teoría clásica del derecho divino de los reyes<sup>35</sup>. Ahora, bien, a pesar de esta concentración de poderes, el ECV cuenta con órganos propios de gobierno que se diferencian de los de la Santa Sede, como expresamente reconoce el artículo 2 de la Constitución de 2023 al afirmar expresamente que “(...) El Estado y su ordenamiento son distintos de la Curia Romana y de las demás Instituciones de la Santa Sede”. Afirmación ésta que, sin embargo, tiene una finalidad más pedagógica que pragmática en la medida en que tanto los órganos de gobierno del

31 Algunas de las intervenciones más importantes de los pontífices durante este periodo se enumeran en LANZA, A. *La Santa Sede e le conferenze della pace dell’Aia del 1899 e 1907: studio giuridico-diplomatico*, Roma, Lateran Press University, 2002, p. 69, así como en APPEDDU, A. “L’arbitrato internazionale ed il Papa”, *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliari*, Padova, Università Católica del Sacro Cuore, 1895, pgs. 363-377.

32 Artículo 24 “La Santa Sede, respecto a la soberanía que le compete incluso en el campo internacional, declara querer permanecer ajena a competiciones temporales entre los demás estados y congresos internacionales organizados con tal fin, a no ser que las partes contendientes apelen concordemente a su misión de paz, reservándose en todo caso hacer valer su potestad moral y espiritual (...)”. La traducción de dicho artículo es nuestra, original en italiano. El texto original puede consultarse en *Treaty of the Lateran*, 11 Feb, 1929, Italy-Vatican City, OVTS 161 Europ. TS núm. 590019. Sobre el significado y génesis redaccional del artículo 24 del Tratado de Letrán, véase BARBERINI, G. *Riflessioni sull’origine e sul significato dell’art. 24 del Trattato Lateranense*, diciembre de 2010, pp. 1-25.

33 Art. 6. “La representación del Estado de la Ciudad del Vaticano en las relaciones con los Estados y con los demás sujetos de derecho internacional, en las relaciones diplomáticas y para la celebración de tratados, están reservadas al sumo pontífice, que las ejerce a través de la Secretaría de Estado” (la traducción es nuestra, original en italiano) Puede consultarse en [https://www.vatican.va/content/francesco/it/motu\\_proprio/documents/20230513-legge-fond-scv.html](https://www.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/20230513-legge-fond-scv.html) [consulta:10/05/2024].

34 La traducción es nuestra. Puede consultarse el texto de la ley en *AAS Suppl.*, 79 (2008), pp. 65-70.

35 Para profundizar sobre este tema véase FIGGIS, J.N., *El Derecho Divino de los Reyes y tres ensayos adicionales* (E. O’Gorman, trad.), Fondo de Cultura Económica, México D.C., 1979.



ECV como los de la Santa Sede (Curia Romana) están sometidos a una misma autoridad, la del papa.

En definitiva, podemos afirmar que en el marco de la nueva constitución vaticana el diseño, planificación y ejecución de la política exterior recae en la figura del jefe de Estado<sup>36</sup>. Siento éste el que, por tanto, tiene la última palabra a la hora de iniciar cualquier negociación internacional o ratificar un tratado. Esta función, sin embargo, la ejecuta el papa en la práctica con el apoyo de la Secretaría de Estado<sup>37</sup> (en quien puede delegar funciones como “poder vicario”<sup>38</sup>) o, en su defecto, con el apoyo de los respectivos responsables de las secciones que la componen dicha Secretaría, la Sección de Asuntos Generales o la relativa a las Relaciones con otros Estados. Supuesto este último que, sin embargo, suele ser más excepcional, siendo pocos los casos en los que los papas suelen recurrir a una sección de la Secretaría para el ejercicio de competencias relativas a la conclusión de tratados<sup>39</sup>.

Ahora bien, el reconocimiento expreso de la concentración absoluta de poderes en la persona del jefe de Estado no supone una novedad en la historia constitucional del ECV; de hecho, es algo que ya venía reconocido en todas las constituciones anteriores, así como en el propio derecho de la Iglesia –el derecho canónico<sup>40</sup>–, el cual, como vimos, tiene valor de fuente principal de interpretación de conformidad con el artículo 1 de la citada Ley sobre las fuentes del derecho de 1 de octubre de 2008<sup>41</sup>. Afirmación ésta que ha sido incorporada en el preámbulo de la nueva constitución, en el que se afirma expresamente que

“La presente Ley, fundamento y referencia de toda otra ley y norma del Estado, confirma la singular peculiaridad y autonomía del ordenamiento jurídico vaticano que, a diferencia del de la Curia Romana, se caracteriza por reconocer al derecho canónico como primera fuente normativa y criterio interpretativo insustituible. Con ello se pretende garantizar

- 
- 36 La práctica de la diplomacia vaticana en este punto sigue lo dispuesto por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, a la que se ha adherido la Santa Sede, también en nombre y por cuenta del Estado Ciudad del Vaticano, el 25 de febrero de 1977.
- 37 La Secretaría de Estado es el órgano institucional que se ocupa de toda la gestión técnica y preparatoria de la firma de los acuerdos y/o convenios internacionales. Así se reconoce en el artículo 16 de la nueva constitución.
- 38 MENDONÇA, A., “Concilium”, *Revista internacional de teología*, Editorial Verbo Divino, Estella, 1988, pp. 403-416.
- 39 Esto último es lo que se conoce como “poder delegado”. Cabe mencionar, por lo excepcional de la circunstancia, la autorización de firma dada directamente por el papa en 1993, al entonces subsecretario para las Relaciones con los Estados, con ocasión de la firma del acuerdo con Israel. Para más información véase KARTALOFF, K. PL., *Diplomazia pontificia. La Santa Sede nelle relazioni internazionali durante il Pontificato di Giovanni Paolo II*, Za bukvite-O Pismeneh’, Sofia, 2009.
- 40 Véase, en este sentido, el tenor de los cánones 331 y 332 del Código de Derecho Canónico de 1983. El primero de ellos afirma expresamente que “el Obispo de la Iglesia Romana (...) tiene, en virtud de su función, potestad ordinaria, que es suprema, plena, inmediata y universal en la Iglesia, y que puede siempre ejercer libremente”. Asimismo, el can. 332 § 1, afirma que “el Romano Pontífice obtiene la potestad plena y suprema en la Iglesia mediante la elección legítima por él aceptada juntamente con la consagración episcopal”. BAC (ed.), *Código de Derecho Canónico...cit.*, p. 143.
- 41 “El ordenamiento jurídico vaticano reconoce el ordenamiento jurídico canónico como primera fuente normativa y primer criterio de interpretación”. La traducción es nuestra. Se puede encontrar el texto de la ley en original (italiano) en *AAS Suppl.* núm. 79, 2008, pp. 65-70.

a los actos y actividades que le son propios, la necesaria autonomía que requieren las funciones estatales (...)

Esta última afirmación es determinante para entender el proceso de recepción y aplicación de la norma internacional en el territorio del ECV, el cual dependerá en gran medida de lo dispuesto en su principal fuente de derecho (derecho canónico), en el que podemos encontrar algunas disposiciones (cánones) en los que de forma más o menos directa, se da respuesta a esta cuestión. Cabe señalar al respecto, que los cánones 331 y 332 del Código de Derecho Canónico de 1983 coinciden con el esquema de concentración de poder establecido en la norma constitucional, al proclamar la doctrina de la potestad suprema, inmediata y universal del papa, adoptada por el Concilio de Florencia<sup>42</sup> (s. XV), mantenida en el Concilio Vaticano I (1870)<sup>43</sup> y recogida en la constitución *Lumen Gentium* en el Concilio Vaticano II<sup>44</sup>. En este orden de ideas, es de especial interés para la comprensión de la recepción y aplicación de la norma internacional, lo dispuesto en el canon 3, en el que se afirma la prevalencia de las convenciones internacionales sobre el derecho canónico, afirmando que aquéllas no verán afectada su validez ante una eventual incompatibilidad con las disposiciones codificadas en dicho ordenamiento jurídico<sup>45</sup>. En este sentido, dicho canon establece expresamente que

“Los cánones del Código no abrogan ni derogan los convenios de la Santa Sede con las naciones o con otras sociedades políticas; por tanto, estos convenios siguen en vigor como hasta ahora, sin que obsten en nada las prescripciones contrarias de este Código”<sup>46</sup>.

No cabe duda, de que esta fórmula nos recuerda a lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según el cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un

---

42 El Concilio de Florencia, también conocido como Concilio de Basilea-Ferrara-Florencia, fue el XVII concilio ecuménico de la Iglesia Católica convocado por el papa Martín V. Iniciado en Basilea en 1431, se trasladó a Ferrara en 1438, a Florencia en 1439 y finalizó en Roma en 1445. Fue el noveno de los celebrados en Occidente y sus principales objetivos fueron: negociar la unión con la Iglesia ortodoxa, erradicar la herejía husita y reformar la Iglesia. Durante su celebración se produjo un cisma al mantenerse reunido una parte de los conciliares en Basilea, que dispuso la deposición del papa Eugenio IV y a la elección del antipapa Félix V.

43 El concilio Vaticano I fue el primer concilio celebrado en el Vaticano. Convocado por el papa Pío IX en 1869 para enfrentar al racionalismo y al galicanismo. En este Concilio se aprobó como dogma de fe la doctrina de la infalibilidad del papa.

44 Véase [https://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19641121\\_lumen-gentium\\_en.html](https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19641121_lumen-gentium_en.html) [consulta: 10/05/2024].

45 BUONOMO, V. “La Santa Sede e i concordati nella prospettiva dell’integrazione europea”, en GONÇALVES PROENÇA, J.J. y COSTA GOMES, M.S. (ed.), *O direito concordatário. Natureza e finalidades*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 32. Para más información sobre este tema véase también REYES VIZCAÍNO, P.M., *Potestad y funciones del Papa en el derecho canónico*, disponible en <https://www.iuscanonicum.org/index.php/organizacion-ecclesiastica/organizacion-de-la-iglesia-universal/205-potestad-y-funciones-del-papa-en-el-derecho-canonical.html> [consulta: 10/05/2024].

46 Can. 3 “Los cánones del Código no abrogan ni derogan los convenios de la Santa Sede con las naciones o con otras sociedades políticas; por tanto, estos convenios siguen en vigor como hasta ahora, sin que obsten en nada las prescripciones contrarias de este Código”. BAC (ed.), *Código de Derecho Canónico...cit.*, p. 3.

tratado (...)", lo que, a nuestro juicio, no nos debe sorprender. Y es que, no podemos olvidar que el derecho de la Iglesia se ha ido formando de forma paralela al derecho internacional, no siendo indiferente ni impermeable a su evolución. Piénsese, por ejemplo en el hecho de que la Santa Sede ha estado presente en los principales procesos de codificación del derecho internacional. Circunstancia ésta que ha sido posible gracias a la participación de las legaciones vaticanas (primero en representación de los Estados Pontificios y después de la Santa Sede<sup>47</sup>) en los trabajos preparatorios de textos internacionales clave para el funcionamiento de la comunidad internacional, como la citada Convención de Viena de 1969, firmada por la Santa Sede el 30 de septiembre de 1969 y ratificada el 25 de febrero de 1977<sup>48</sup>.

#### **IV. LA BÚSQUEDA DE LAS PERIFERIAS COMO EJE DE LA NUEVA POLÍTICA EXTERIOR DE FRANCISCO**

##### **1. La puesta en marcha de una nueva *Ostpolitik* en la Santa Sede**

La búsqueda de las "periferias" se ha convertido en uno de los motores de la nueva política vaticana. Se trata de una expresión metafórica que va mucho más allá de un significado geográfico, es decir, de una referencia genérica al "Sur del mundo". Todo apunta a que el papa Francisco ha querido marcar una nueva estrategia espiritual y política consistente en sacar a la Iglesia de sí misma y buscar sus límites externos –no sólo físicos, sino también existenciales– evitando con ello el riesgo de desconexión estructural con la sociedad internacional contemporánea, caracterizada por constantes procesos de transformación. Esta estrategia se ha traducido en la práctica en una "huida" –o abandono– de la centralidad europea, que, inevitablemente, tiene implicaciones hermenéuticas en las relaciones internacionales de la Santa Sede, en la medida en que le permite reinterpretar la propia globalización desde una perspectiva no hegemónica y alejada del discurso oficial de la modernización. La pretensión del papa Francisco parece ser la de construir una narración alternativa a los acontecimientos humanos y sociales marcados por Occidente, que le permita comprender los cambios que se avecinan y las causas de la marginalidad de la sociedad internacional, dirigiendo todo el mecanismo diplomático en esa dirección.

---

47 Las la desaparición de los Estados pontificios el 20 de septiembre de 1870, la Santa Sede siguió existiendo como sujeto de derecho internacional, ya sin su dominio temporal, como lo confirma la continuación regular de las relaciones internacionales y lo expresado por la legislación italiana (*Legge delle Guarentigie*) posterior a la capitulación del Estado Pontificio, y la cual seguía asegurando al Romano Pontífice el mismo tratamiento reservado al Soberano del Reino de Italia (art. 2). Para más información véase ARANGIO RUIZ, G., "On the Nature of the International Personality of the Holy See", *Revue Belge de Droit International*, núm. 29, 1996, pp. 354-369

48 También cabe mencionar, entre otros tratados, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, la Convención sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 o la Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986. Para más información véase CIPROTTI, P., "La posizione internazionale della Santa Sede alla luce di recenti documenti inediti" ...*cit.*, pp. 422-424. Puede consultarse su estado de ratificación en [https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028003902f&-clang=\\_fr](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028003902f&-clang=_fr) [consulta: 10/05/2024].

Atendiendo a lo expuesto, podría pensarse que su línea de acción se encuentra influenciada por la *teoría socioeconómica de la dependencia*<sup>49</sup>, corriente ideológica surgida en la década de los setenta en contraposición a la *teoría de desarrollo*<sup>50</sup> y que tanta difusión tuvo en el continente latinoamericano. Planteamiento éste que debemos rechazar. Y es que la perspectiva *social e inclusiva* que ha introducido Francisco en su política internacional va más allá de los contornos de aquélla; pudiéndose incluso calificar de nueva *Ostpolitik*<sup>51</sup>, expresión ésta con la que se hace referencia a los procesos de apertura que promovieron Juan XXIII y Pablo VI hacia los países de la Europa del Este bajo sus respectivos pontificados.

Atendiendo a lo expuesto, podría afirmarse que la idea de *periferia*, eje motriz de la geopolítica de Francisco, no es sólo una realidad económica e histórica sino más bien una caracterización simbólica de la distribución política del poder mundial, concebida como una anomalía estructural de la comunidad internacional, que lejos de haber quedado corregida con la globalización, se ha ido acentuando con el tiempo, haciendo permanentes las condiciones de exclusión social y marginación<sup>52</sup>. Esta circunstancia explica que la política exterior de su pontificado se haya centrado en su búsqueda; es decir, en el acercamiento a los países del tercer mundo y en aquellas realidades percibidas como marginales desde la óptica de Occidente. Sin duda, se trata de una clara aplicación de la diplomacia realista, a través de la cual se pretende la mejor situación posible ante contextos contrarios o abiertamente hostiles.

Lejos de tratarse de un planteamiento retórico, todas las acciones llevadas a cabo por el papa Francisco (en su doble dimensión, como máxima autoridad de la Santa Sede y como jefe de Estado del ECV) han estado enfocadas en la huida de la centralidad europea y en la búsqueda de las periferias desde el inicio de su pontificado. Los hechos así lo evidencian. Por lo que se

---

49 La teoría de la dependencia o enfoque de la dependencia es una teoría elaborada entre los años 1960 y 70, frente a la situación de estancamiento socioeconómico latinoamericano en el siglo XX, como una respuesta a la teoría de la industrialización de la CEPAL y a la teoría del desarrollo. La *teoría de la dependencia* parte de la idea de que existe un diseño desigual y perjudicial para los países no desarrollados, a los que se les ha asignado un rol de subordinación de producción de materias primas con bajo valor agregado, en tanto que las decisiones fundamentales y los mayores beneficios se realizan en los países centrales, a los que se ha asignado la producción industrial de alto valor agregado. Para un mayor conocimiento y comprensión de dicha teoría véase BAMBIRRA, V., *El capitalismo dependiente latinoamericano*, México, Siglo XXI, 1974, así como CARDOSO, F.H. y FALETTO, E. *Dependencia y desarrollo en América Latina*, Siglo XXI, México, 1969.

50 Entendidas en su sentido actual, las teorías del desarrollo pretenden identificar las condiciones socioeconómicas y las estructuras económicas necesarias para hallar una senda de desarrollo humano y el crecimiento sostenido. Las principales teorías sobre el desarrollo socioeconómico son la teoría de la modernización, la neoinstitucional, la globalización, los sistemas mundiales y el desarrollo sustentable. Las dos principales teorías del desarrollo son la basada en monoeconomía y la de beneficios mutuos.

51 Con esta expresión se hace referencia a la política de apertura hacia los países del bloque soviético desarrollada por la Santa Sede durante los pontificados de Juan XXIII (1958-1963) y Pablo VI (1963-1978) bajo el impulso del Cardenal Agostino Casoli. Se trata de una aplicación de la así llamada *diplomacia realista*, es decir, buscar la mejor situación posible ante un gobierno contrario o abiertamente hostil.

52 En este sentido es interesante el trabajo del profesor Raffaele Coppola sobre la crítica a la deuda ilegítima y la crítica al capitalismo durante el pontificado de Francisco, véase COPPOLA, R., “Santa Sede e debito ilegítimo. Il cammino verso la Corte internazionale di giustizia (2015-2022)”, *Stato, Chiesa e Stato confessionale, Rivista telematica*, 2022, disponible en <https://www.statochiese.it>. [consulta: 10/05/2024].

refiere a la primera dimensión (como máxima autoridad de la Iglesia), se puede calificar de inédita e histórica –aunque muy debatida– su decisión de abrir en la República Centrafricana –y no en Roma– la puerta Santa para el Jubileo extraordinario de 2015. Asimismo, lo ha sido la reforma que ha llevado a cabo en el seno del Colegio Cardenalicio<sup>53</sup>, donde también ha quedado reflejado el abandono de la centralidad europea, con una mayor participación de cardenales procedentes de África, Asia, Oceanía o América Latina. En este sentido, no podemos olvidar, que el cardenal Bergoglio fue elegido papa en 2013 por un cónclave mayoritariamente europeo, desequilibrado en términos de representación geográfica. Sin embargo, tras la puesta en marcha de sus reformas, esta situación ha quedado corregida actualmente con una representación más equilibrada de las diferentes realidades culturales y geográficas: si en el año 2013 eran europeos 61 de los 115 cardenales que lo componían, hoy lo son solo 50.

La visión *periférica* sin duda condicionará la elección del futuro papa. Y es que, Francisco ha elegido nuevos cardenales (potenciales papables) privilegiando perfiles menos tradicionales, en concreto, prelados de pequeñas diócesis próximas al terreno y de países no europeos. El nombramiento de cardenales originarios de Pakistán, de la India o, incluso, de Indonesia (el país con el mayor número de musulmanes del mundo) es un claro testimonio de la relevancia que el continente asiático ha cobrado en su política<sup>54</sup>. No cabe duda de que todos estos cambios afectarán al desarrollo y evolución del gobierno de la Santa Sede en un futuro reciente y, por consiguiente, del ECV. Y es que, no podemos olvidar que en el Colegio Cardenalicio –órgano que tiene por misión asistir y aconsejar al papa– los prelados menores de 80 años además de poder ser elegidos papas, también son electores, correspondiéndoles la responsabilidad de elegir un nuevo pontífice en caso de vacante. En definitiva, será un Colegio Cardenalicio con menor representación europea el que decidirá sobre la elección del próximo Sumo Pontífice.

En este orden de ideas, el *abandono de la centralidad europea* también se ha reflejado en la evolución de la acción exterior de Francisco, como prueban sus visitas oficiales a territorios alejados de Roma, no solo geográficamente, sino también de la doctrina de la Iglesia. En este sentido, Bergoglio es el primer pontífice de la historia que se ha desplazado hasta Birmania (2017), Emiratos Árabes Unidos (2019), Irak (2021)<sup>55</sup> o, incluso, Bahréin (2022), reforzando asimismo con sus acciones las relaciones diplomáticas con países clave en el mundo ára-

---

53 El Sacro Colegio Cardenalicio, comúnmente abreviado como Colegio Cardenalicio o Sacro Colegio es un consejo de alta jerarquía eclesiástica integrado por todos los proclamados cardenales de la Iglesia católica. Su función consiste en elegir al sumo pontífice en caso de fallecimiento o renuncia del anterior, así como brindar asesoría y consejo al papa, tanto sobre el gobierno de la institución y asuntos relacionados con el sistema de creencias del catolicismo, como sobre cualquier otro tema de su interés. Actualmente está compuesto por 221 cardenales, de los cuales 123 serían electores en caso de un eventual cónclave mientras que los 98 restantes son no electores por haber cumplido 80 años.

54 FATTORI, F., “Le Pape François met la périphérie au centre de l’Église”, *Le Monde. 40 cartes pour comprendre un monde fracturé*, Paris, 2023, p. 46.

55 En marzo de 2021, el papa quiso ir más allá y emprendió un viaje a Irak, el primero que realizaba un pontífice. Allí, en la ciudad santa de Nayaf se reunió con Al Sistani, líder chií y gran ayatolá del país. En 1999 Juan Pablo II anunció su intención de visitar Irak y reunirse con Al Sistani, pero Sadam Husein se opuso al viaje, lo que obligó al papa a cancelar sus planes.

be-musulmán, como Turquía<sup>56</sup> o Egipto<sup>57</sup>. Asimismo, será el primer obispo de Roma en visitar Papúa, Nueva Guinea, Timor Oriental o Singapur, visitas todas ellas que, según la Oficina de Prensa de la Santa Sede, tendrán lugar en septiembre del 2024<sup>58</sup>. No cabe duda, pues, que esta acción exterior no está exenta de significado: la búsqueda de la periferia encierra un innegable mensaje político de acercamiento a otras culturas y religiones. Piénsese, por ejemplo, que la primera visita realizada como jefe de Estado a un país europeo fue a Albania, país de mayoría musulmana, miembro de la Organización de Cooperación Islámica y con mártires del comunismo. Asimismo, realizó visitas oficiales a países de mayoría protestante u ortodoxa, como la República de Macedonia, los Estados Bálticos o Suecia, Estado este último donde viajó para conmemorar los 500 años de la reforma luterana, que, como es sabido, separó a los cristianos de Occidente.

Asimismo, la estrategia de priorizar *las periferias* ha sido concebida, desde una perspectiva multinivel; pudiéndose afirmar que en su política exterior ha priorizado “las periferias dentro de las periferias”. Piénsese, por ejemplo, en sus visitas al continente americano, cargado de significado político. En su visita a América Latina el papa eligió Ecuador, Bolivia y Paraguay, los países más periféricos de la realidad sudamericana, mientras que en su viaje a México se desplazó hasta el extremo sur de Chiapas para pedir perdón a los pueblos indígenas, en palabras del papa, “incomprendidos y excluidos”, finalizando en Ciudad Juárez, donde celebró una misa a pocos metros de la frontera con los EEUU en memoria de los miles de inmigrantes fallecidos en su intento por buscar una vida mejor. Cuestión ésta, la de la inmigración, que ha sido, junto con la de medio ambiente, una de las de mayor interés durante su pontificado.

---

56 En febrero del 2018 tuvo lugar un encuentro entre el papa Francisco y el presidente turco Erdogan. Se trató de un acontecimiento importante tanto por ser la primera visita de un Jefe de Estado turco al Vaticano desde hace 59 años, como por la coyuntura en la que se dio dicho encuentro, marcada por la discusión del *status* de Jerusalén. Para más información véase CANOSA, N., *El Papa Francisco como actor geopolítico: Discurso y acción en relación a Medio Oriente*, publicado en ASOFIL (Asociación de Filosofía Latinoamericana y Ciencias Sociales), disponible en <https://asociacionfilosofialatinoamericana.wordpress.com/wp-content/uploads/2019/02/canosa-nicolas-el-papa-francisco-como-actor-geopolc3adtico.-docx.pdf> [consulta: 10/05/2024].

57 Francisco viajó a Egipto en abril de 2017, luego de unos atentados a dos Iglesias cristianas que dejaron un saldo de 46 muertes. En su discurso ante las autoridades en el Cairo, en el cual habló de la Tercera Guerra Mundial en partes, planteó que: “Egipto, a causa de su historia y de su concreta posición geográfica, ocupa un rol insustituible en Oriente Medio y en el contexto de los países que buscan soluciones a esos problemas difíciles y complejos, que han de ser afrontados ahora para evitar que deriven en una violencia aún más grave. Me refiero a la violencia ciega e inhumana causada por diferentes factores: el deseo obtuso de poder, el comercio de armas, los graves problemas sociales y el extremismo religioso que utiliza el Santo Nombre de Dios para cometer inauditas masacres e injusticias”. Puede consultarse el texto en [http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/april/documents/papa\\_francesco\\_20170428\\_egitto-autorita.htm](http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/april/documents/papa_francesco_20170428_egitto-autorita.htm) [consulta: 10/05/2024].

58 Para más información puede consultarse el portal de la Oficina de Prensa del Vaticano, *Vatican News* [https://www.vaticannews.va/es/vaticano/news/2024-05/logos-lemas-viaje-apostolico-papa-asia-oceania-septiembre-24.html?utm\\_source=newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=NewsletterVN-ES](https://www.vaticannews.va/es/vaticano/news/2024-05/logos-lemas-viaje-apostolico-papa-asia-oceania-septiembre-24.html?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=NewsletterVN-ES) [consulta: 10/05/2024].

## 1. El acercamiento diplomático al mundo islámico y al continente asiático

Uno de los rasgos que ha marcado la política exterior de la Santa Sede tras la llegada del papa Francisco ha sido la ampliación de sus relaciones internacionales, llegando a ocupar el segundo lugar en el mundo en número de representantes diplomáticos después de los EEUU<sup>59</sup>. Esto ha sido posible, entre otras razones, por el significativo acercamiento que ha protagonizado a regiones que, como apuntamos anteriormente, se sitúan en la “periferia” de la diplomacia vaticana, bien por su lejanía cultural o religiosa (mundo islámico<sup>60</sup>), bien por el reducido número de católicos existentes (Birmania...). En este orden de ideas, ha sido significativa el establecimiento de relaciones diplomáticas plenas con el Sultanato de Omán en febrero del 2023, así como el Acuerdo complementario al Acuerdo firmado con la República de Kazajstán sobre las relaciones mutuas del 24 de septiembre de 1998, relativo a la concesión de visados y permisos de residencia al personal eclesiástico y religioso procedente del extranjero, firmado el 14 de septiembre de 2022.

Ahora bien, si el mundo musulmán ha sido objeto de atención de la diplomacia vaticana durante el pontificado de Francisco, no cabe duda que ha sido el continente asiático el que mayor interés ha despertado en él. Un ejemplo de ello ha sido el acuerdo firmado el 27 de julio del 2023 con Vietnam, relativo al estatuto del Representante Pontificio Residente y la Oficina del Representante Pontificio Residente en Vietnam, así como su acercamiento a la República Popular China, país con el que Roma rompió relaciones en 1951 a causa de la excomunión por Pío XII de dos obispos designados por el régimen comunista y la consiguiente expulsión de Pekín del nuncio apostólico, que se trasladaría definitivamente a Taipéi (Taiwán). Y es que, conviene recordar para entender la situación que precedieron a estos acontecimientos, que

---

59 Los Estados que actualmente tienen relaciones diplomáticas con la Santa Sede son 184 a los que hay que añadir la Unión Europea y la Orden Soberana y Militar de Malta. Las cancillerías de Embajada con sede en Roma, incluyendo las de la Unión Europea y la Soberana Orden Militar de Malta son 91. Las oficinas de la Liga de los Estados Árabes, la Organización Internacional para las Migraciones y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados también tienen su sede en Roma. Solo 12 países soberanos no mantienen relaciones diplomáticas con la Santa Sede. Ocho de ellos son Estados musulmanes: Afganistán, Arabia Saudí, Brunéi, las Comores, las Maldivas, Mauritania y Somalia. Otros cuatro son Estados comunistas: China, Corea del Norte, Laos y Vietnam. Los otros Estados son Bután y Tuvalu. Puede consultarse el número de Estados con los que mantiene relaciones internacionales en la página oficial del Vaticano, en [https://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/documents/rc\\_seg-st\\_20010123\\_holy-see-relations\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/documents/rc_seg-st_20010123_holy-see-relations_sp.html). [consulta: 10/05/2024]. Para un estudio de las nuevas relaciones diplomáticas vaticanas véase PÉREZ, S., “Geopolítica vaticana del nuevo orden mundial”, *El Orden Mundial – EOM*, 18 de noviembre de 2016. Disponible en <https://elordenmundial.com/geopolitica-vaticana-del-nuevo-orden-mundial/> [consulta: 10/05/2024].

60 Sirva como ejemplo, entre otros, la invitación que recibió el papa del jeque Mohammed bin Zayed bin Sultan Al Nahyan, emir de Abu Dabi y presidente de los Emiratos Árabes Unidos y que propició su viaje a Abu Dabi el 4 de febrero de 2019. Francisco fue recibido en el palacio presidencial por Mohammed bin Zayed e invitado a un encuentro con el Consejo Musulmán de Ancianos en la Gran Mezquita del jeque Zayed. También participó en el acto el presidente de Egipto, Al Sisi. En la cita, Al Tayyib y Francisco firmaron la declaración conjunta *Fraternidad humana por la paz mundial y la convivencia común*, cuyo contenido había sido elaborado y negociado durante los seis meses previos por parte de los equipos del Vaticano y de Al Azhar. Para más información véase GARRIDO GUIJARRO, O., “Balance de una década de “geopolítica Francisco”... *cit.*

cuando Mao Tsé-Tung estableció la República Popular China, creó su propia Iglesia Patriótica Católica, quedando los católicos romanos en la clandestinidad.

En este sentido, durante el pontificado de Francisco se han sucedido los acercamientos diplomáticos con el gigante asiático que han dado lugar a un acuerdo sin precedentes en 2018: un pacto provisional para el nombramiento de autoridades eclesiales en territorio chino<sup>61</sup> y que ha sido renovado en dos ocasiones (2020 y 2022), siendo el 2024 decisivo para su consolidación. Este acuerdo si bien no incluye la restauración de las relaciones diplomáticas, sí que constituye un paso más hacia la normalización de las relaciones chino-vaticanas, en la medida en que, como informó oficialmente el Vaticano, “por primera vez se contemplan elementos estables de colaboración entre las autoridades del Estado y la Sede Apostólica”<sup>62</sup>. En este sentido, el Ministerio de Asuntos Exteriores de China destacó tras el acuerdo en un breve comunicado que ambas partes “continuarán sus comunicaciones para promover el progreso y avance de las relaciones bilaterales”. Cuestión ésta que, sin embargo, parece difícil de alcanzar a corto plazo sobre todo si tenemos en cuenta que, al día de hoy, el ECV es el último Estado europeo que sigue reconociendo oficialmente a la República China (Taiwán)<sup>63</sup>. Condición ésta que constituye un obstáculo en la práctica, ya que el régimen comunista chino no establece relaciones diplomáticas oficiales con ningún otro país que las mantenga con Taipéi. Para que esto pudiera tener lugar el Vaticano tendría que romper su alianza con la isla, como han hecho otros países en los últimos años, como, por ejemplo, El Salvador<sup>64</sup>.

La razón de este inusual acercamiento a la República Popular China nos la da el profesor Lanxin Xiang, profesor de la Universidad de Ginebra, quien realiza una interesante lectura de este hecho atendiendo a la evolución histórica de sus relaciones internacionales. Xiang defiende que la ruptura entre China y Occidente tiene su origen en la Ilustración, pero que anteriormente ésta había mantenido un saludable diálogo con Europa, cuyos principales interlocutores habían sido tradicionalmente los jesuitas, vanguardia de las misiones cristianas

61 Se trata de un acuerdo secreto en virtud del cual la Santa Sede reconoce a la Iglesia aprobada por el Estado en China, o Iglesia Patriótica, y permite al Partido Comunista Chino nombrar obispos. A cambio el Papa conserva el derecho de veto.

62 LA SANTA SEDE, “Mensaje del Papa Francisco a los católicos chinos”, 26 de septiembre de 2018, disponible en BBC NEWS. “El histórico acuerdo entre China y el Vaticano que algunos sacerdotes consideran una traición”, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-45616338> [consulta: 10/05/2024].

63 Para más información sobre la situación de Taiwán y el conflicto con China, véase ROMERO JUNQUERA, A., “Taiwán, el conflicto que puede cambiar la geopolítica del Pacífico”, *Panorama geopolítico de los conflictos 2023*, IIEE/Ministerio de Defensa, Madrid, 2023, pp. 271-303.

64 Según J. Pablo Somiedo “Pekín sabe del interés del Vaticano por aumentar su presencia en China y no duda en recordar de vez en cuando a la Santa Sede que, mientras el catolicismo renquea en Occidente, en el país asiático está en ascenso. Pero ha impuesto dos condiciones para restablecer los lazos: que la Santa Sede no interfiera en los asuntos internos chinos (Pekín teme el papel que jugó la Iglesia católica en la caída de algunos regímenes comunistas en Europa) y que ponga fin a las relaciones diplomáticas con Taiwán. Los líderes de la Iglesia católica en Roma han dejado claro que estarían dispuestos a lo segundo, pero han dicho que la primera condición requiere negociaciones sobre su significado concreto. Especialmente, porque afecta al nombramiento de obispos, que actualmente realiza la Asociación Patriótica, pero que la Santa Sede considera potestad única del Papa”, véase SOMIEDO, J.P., “La geopolítica vaticana: de Juan Pablo II a Benedicto XVI” ...*cit.*, p. 16.



en territorios no europeos. Es por esta razón por la que, como afirma este experto, convertido por primera vez un jesuita en papa, el Vaticano puede ser un puente en el diálogo entre China y Occidente. Y es que, según el profesor Xiang, el Vaticano entiende el significado del “ascenso” de China de forma diferente a países como EEUU, que ven este fenómeno en términos competitivos y de rivalidad. Asimismo, la diplomacia vaticana ha sido y es una de las mejores informadas del mundo, no solo por su red de contactos y conexiones con el terreno, sino también por la continuidad y estabilidad de su estructura organizativa, a diferencia de los gobiernos contemporáneos<sup>65</sup>. Por su parte, la República Popular China ve el acercamiento a Roma como un medio para establecer relaciones con los aliados que aún le quedan a Taiwán en Centroamérica<sup>66</sup>, región con gran población católica y en la que la Santa Sede puede ejercer influencia<sup>67</sup>.

## **V. EL COMPROMISO INTERNACIONAL CON LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO**

No cabe duda de que, la preocupación por el medio ambiente y la protección de la naturaleza no es algo nuevo en la agenda política del Vaticano, como puede inferirse de los discursos de los papas Pablo VI<sup>68</sup>, Juan Pablo II<sup>69</sup> o Benedicto XVI<sup>70</sup>. Sí lo es, sin embargo, el

---

65 En este sentido el profesor Lanxin afirma que la continuidad a largo plazo de las posturas y visiones de la Santa Sede parece conectar muy bien con la perspectiva de China. Para más información véase LANXIN, X, “China and the Vatican”, *Geneva Graduate Institute*, 17 de mayo de 2019, disponible en <https://www.graduateinstitute.ch/communications/news/china-and-vatican> [consulta: 10/05/2024].

66 La República de China llegó a ser reconocida por 71 países, número que ha descendido hasta 14 en 2024, estando situados la mayoría de ellos en el Caribe y la región centroamericana. Estos países son Belice, Guatemala, Haití, Honduras, Paraguay, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suazilandia, Estado Ciudad del Vaticano, Islas Marshall, Nauru, Palaos y Tuvalu.

67 BBC New Mundo, “El histórico acuerdo entre China y el Vaticano que algunos sacerdotes consideran una traición”, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-45616338> [consulta: 10/05/2024].

68 El papa Pablo VI, quien en los años sesenta hizo un llamamiento a un “cambio radical en el comportamiento de la humanidad, [porque] los progresos científicos más extraordinarios, las proezas técnicas más sorprendentes, el crecimiento económico más prodigioso, si no van acompañados por un auténtico progreso social y la importancia de la ecología y la necesidad de usar lo que la naturaleza da de manera justa y moral, se vuelven en definitiva contra el hombre”. Puede consultarse el discurso del Papa Pablo VI en el 25 aniversario de la FAO, el 16 de noviembre de 1970 en [https://www.vatican.va/content/paul-vi/es/speeches/1970/documents/hf\\_p-vi\\_spe\\_1971ta01116\\_xxv-istituzione-fao.html](https://www.vatican.va/content/paul-vi/es/speeches/1970/documents/hf_p-vi_spe_1971ta01116_xxv-istituzione-fao.html) [consulta: 10/05/2024].

69 Juan Pablo II también manifestó su preocupación por la actitud consumista del ser humano hacia la naturaleza y apeló a la dimensión moral de su desarrollo con un máximo respeto a ella. También, hizo llamamientos a una “conversión ecológica” de la humanidad y alertó sobre las consecuencias del consumismo desmesurado y la necesidad de “salvaguardar las condiciones morales de una auténtica ecología humana”. Para más información véase JUAN PABLO II. *Centesimus annus* (encíclica). Santa Sede, 1 de mayo de 1991. Disponible en [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html) [consulta: 10/05/2024].

70 Benedicto XVI reconoció la importancia de la ecología y la necesidad de usar lo que la naturaleza da de manera justa. Disponible en BENEDICTO XVI. *Discurso del papa Benedicto XVI al Deutscher Bundestag*. Santa Sede, 22 de septiembre de 2011. Disponible en [https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2011/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20110922\\_reichstag-berlin.html](https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html) [consulta: 10/05/2024].

papel protagonista que ha cobrado esta cuestión en la política exterior de Francisco, siendo objeto de una carta encíclica y de todo un conjunto de acciones políticas y diplomáticas de repercusión internacional. En efecto, la carta encíclica *–Laudato si’*<sup>71</sup>– publicada en 2015, es un decidido apoyo a la consolidación de una hegemonía climática cimentada en el Acuerdo de París del mismo año. De hecho, en dicha carta el papa plantea una serie de líneas de acción para lograr un mayor compromiso de personas e instituciones con la protección del medio ambiente, identificando el cambio climático como una de las mayores amenazas a las que hay que hacer frente sin demora. Asimismo, en ella hace un llamamiento a una “conversión ecológica” donde los valores auténticos se impongan al consumismo de la sociedad actual. El valor de este documento, no solo radica en su contenido, sino en los aspectos formales que le rodean. Y es que aunque se trata de la segunda encíclica publicada durante su pontificado, en realidad puede considerarse la primera realizada por Francisco, ya que la anterior, *Lumen fidei* (2013)<sup>72</sup>, se comenzó a redactar bajo el pontificado de su antecesor, Benedicto XVI.

Cabe recordar en este sentido, que el mismo año en el que se promulgó *Laudato si’*, el pontífice fue invitado a intervenir en la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York. Era la cumbre donde se debía aprobar la Agenda 2030<sup>73</sup>. En su discurso, el papa exhortó a los líderes mundiales a comprometerse con la promoción del ser humano, la lucha contra la pobreza y la atención a los inmigrantes y refugiados, reservando buena parte de su intervención a defender una acción decidida contra el cambio climático y el cuidado del planeta<sup>74</sup>.

En esta misma línea, el 4 de octubre de 2023 tuvo lugar la exhortación apostólica *Laudate Deum*<sup>75</sup>, que supuso una continuación lógica y coherente con la línea mantenida en la carta encíclica, siendo publicada en un momento decisivo desde el punto de vista político, a las puertas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP28)<sup>76</sup>. Tam-

71 FRANCESCO, “La cura della casa comune, Lettera Enciclica *Laudato si’*”, *Enchiridion Vaticanum*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2015. También puede consultarse en [https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html) [consulta: 10/05/2024].

72 Puede consultarse en [https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20130629\\_enciclica-lumen-fidei.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20130629_enciclica-lumen-fidei.html) [consulta: 10/05/2024]

73 GARRIDO GUIJARRO, O., “Balance de una década de «geopolítica Francisco» *Documento de Análisis IEEE*, núm. 16, 1 de marzo 2023, pp. 21-22.

74 LA SANTA SEDE. “Discurso del santo padre ante la Asamblea de Naciones Unidas”. 25 de septiembre de 2015. Disponible en: [https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/september/documents/papafrancesco\\_20150925\\_onu-visita.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2015/september/documents/papafrancesco_20150925_onu-visita.html) [consulta: 10/05/2024].

75 Este documento, aun teniendo un carácter eclesial no deja de tener una gran importancia por la capacidad de influencia, en la medida en que es emitido por la máxima autoridad de todos los fieles católicos del mundo. La exhortación apostólica tiene un carácter pastoral y con ellos el papa anima a todos los fieles, o una comunidad de fieles determinada, a llevar a cabo una actividad en particular. Por su importancia, entre los documentos papales de carácter pastoral, se sitúa después de las encíclicas, pero es más importante que las cartas apostólicas, o de los documentos papales denominados simplemente cartas.

76 Las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático son unas conferencias anuales que se celebran en el ámbito de la [Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático](#) (CMNUCC). Sirven como reunión formal de las Partes de la CMNUCC ([Conferencia de las Partes](#), COP) para evaluar el progreso en el tratamiento del [cambio climático](#) y, comenzando a mediados de la década de 1990, negociar el [Protocolo de Kioto](#) para establecer obligaciones legalmente vinculantes de tal forma que los

bién dedicada a cuestiones medioambientales y a la ecología integral el papa se dirige en dicha exhortación a escépticos y negacionistas evidenciando un hecho irrefutable: el calentamiento global se está produciendo a una gran velocidad, por lo que no cabe encuadrarlo como uno de los períodos del ciclo calentamiento-enfriamiento a los que se ha visto sometido antes el planeta. En definitiva, con estos instrumentos eclesiales de gran influencia a nivel de comunidad de fieles, Francisco ha denunciado sin ambages el carácter “antrópico” del cambio climático, identificando ésta como la principal causa del aumento de la temperatura global, que cada vez se aproxima más al conocido límite de los 1,5 C<sup>77</sup>.

El compromiso evidente y explícito del Vaticano por actuar contra la crisis climática dio lugar a un gesto muy simbólico en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP28). Por primera vez, el jefe de Estado del ECV anunciaba su asistencia a una cumbre del clima. Finalmente, no pudo tener lugar por problemas de salud del pontífice. A pesar de ello, la Santa Sede no dejó de estar presente enviando a la reunión al número dos de la política exterior vaticana, el cardenal Pietro Parolín, quién leyó una carta en nombre del papa en la que se pedía expresamente el fin a los combustibles fósiles y un cambio en el estilo de vida<sup>78</sup>.

## **VI LA INTERVENCIÓN DE LA ORDEN DE MALTA Y LA REDEFINICIÓN DE SU VÍNCULO CON LA SANTA SEDE**

A lo largo de del pontificado de Francisco han sido numerosos los cambios que evidencian una redefinición de las tradicionales relaciones diplomáticas con otros sujetos de derecho internacional. En este sentido ha sido evidente la buena sintonía de Bergolio con el régimen cubano, circunstancia ésta que hizo posible su mediación entre la isla y los EEUU<sup>79</sup>. Asimismo, ha sido destacable el equilibrio diplomático que ha protagonizado en fechas recientes con la intención de posicionarse como posible mediador entre Rusia y Ucrania. Siendo muchos e importantes los hitos de su pontificado, nos parece importante por su carácter extraordinario e insual, la

---

países desarrollados reduzcan sus emisiones de gases de efecto invernadero. Para más información véase <https://www.un.org/es/climatechange> [consulta: 10/05/2024]. La exhortación apostólica del papa Francisco sobre cambio climático Santa Sede, 4 de octubre de 2023. [https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost\\_exhortations/documents/20231004-laudate-deum.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/apost_exhortations/documents/20231004-laudate-deum.html). [consulta: 10/05/2024].

77 Para más información véase GUTIÉRREZ DEL CASTILLO, E., “Geopolítica vaticana del cambio climático”, *Documento de Análisis IEEE*, núm. 74, 2023. Disponible en [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_analisis/2023/DIEEEA74\\_2023\\_EVARGUT\\_Vaticano.pdf](https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2023/DIEEEA74_2023_EVARGUT_Vaticano.pdf). [consulta: 10/05/2024].

78 *Ibidem*.

79 El pontífice jugó un papel fundamental como mediador para el restablecimiento de relaciones entre la Administración Obama y el régimen cubano. El papa escribió a Raúl Castro y al presidente norteamericano con el objetivo de promover las relaciones entre ambos. El 23 de septiembre de 2015, Obama, en su discurso durante la ceremonia oficial de bienvenida a Francisco en la Casa Blanca, afirmó: “Santo Padre, estamos agradecidos por su inestimable apoyo a nuestro nuevo comienzo con el pueblo cubano, que ofrece la promesa de mejores relaciones entre nuestros países”. Para más información véase REDACCIÓN RELIGIÓN, “El Vaticano, un reconocido mediador en múltiples conflictos internacionales a lo largo de la historia”, COPE, 19 de mayo de 2021. Véase [https://www.cope.es/religion/hoyen-dia/vaticano/noticias/vaticano-reconocido-mediador-multiples-conflictos-internacionales-largo-historia20210519\\_1297488](https://www.cope.es/religion/hoyen-dia/vaticano/noticias/vaticano-reconocido-mediador-multiples-conflictos-internacionales-largo-historia20210519_1297488) [consulta 10/05/2024].

intervención que ha llevado a cabo un sujeto internacional, especialmente singular, la Orden de Malta, redefiniendo con ello, no solo su estatuto jurídico, sino también sus relaciones con la Santa Sede.

Como es sabido, la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén de Rodas y de Malta, conocida internacionalmente como la Orden de Malta, es un ente soberano con subjetividad internacional propia que ocupa una posición única en el seno de la Comunidad Internacional. Sin duda se trata de un sujeto internacional *sui generis*, ya que, a pesar de tener un ordenamiento jurídico autónomo<sup>80</sup> y organismos públicos con personalidad jurídica propia<sup>81</sup>, carece de territorio y de población, manteniendo históricamente una relación de dependencia con la Santa Sede. Estas peculiaridades hacen que, como afirma el profesor Paolo Gambi, se pueda considerar la Orden de Malta como una categoría de sujeto en sí misma: se trata, en definitiva, de un modelo híbrido de entidad soberana medieval y orden caballeresco, dotada de independencia en materia temporal, suficiente para permitirle ejercitar la potestad propia de un sujeto de derecho internacional contemporáneo, aunque con limitaciones<sup>82</sup>.

No es objeto de este trabajo el estudio de la personalidad jurídica de la Orden de Malta ni de su funcionamiento interno. Baste señalar, sin embargo, que los Estados la han aceptado tradicionalmente como parte de la comunidad internacional, reconociéndole una personalidad jurídica propia equiparable a la de ellos<sup>83</sup>. La Orden está fuera de cualquier esquema jurídico tradicional y representa un caso único que excluye toda clasificación, salvo la que proviene de su estatuto singular. Ha gozado de personalidad jurídica internacional y ha sido tratada como ente soberano durante siglos. De hecho, la transformación fundamental que experimentó la sociedad internacional con ocasión de los Tratados de Münster y Osnabrück (Paz de Westfalia 1647-48), no alteró ni modificó su personalidad jurídica, manteniéndose su reconocimiento como ente soberano por el resto de los Estados. Tampoco sufrió modifi-

---

80 El Derecho propio de la Orden de Malta se denomina Derecho melitense. Como indica Costarella, la Orden de Malta goza de la potestad “de darse un auténtico ordenamiento, de imponer a sus miembros la observancia de normas emanadas en conformidad con los Estatutos, y de ejercer el poder jurisdiccional”. No obstante, se trata de un ordenamiento jurídico sin vigencia espacial determinada, por la actual carencia de soberanía territorial. En ese sentido, es un Derecho funcional que regula principalmente los órganos de la Orden y las actividades de sus miembros. Las principales normas melitenses son la Carta Constitucional y el Código melitense, aprobadas en los años 1961 y 1966, respectivamente. Ambas normas se han visto modificadas y actualizadas en el año 1997 y en el año 2022. Para más información véase COSTARELLA, M. “Il Governo dell’Ordine Gerosolimitano nei suoi organi costituzionali, statuti e leggi”, *Il Diritto Ecclesiastico*, 1955, p. 294.

81 El Poder Ejecutivo, que en la Orden está representado por el Gran Maestre asistido del Soberano Consejo, formado por cuatro Altos Cargos y seis Consejeros. Altos Cargos: El Gran Comendador; es el superior religioso de los Caballeros Profesos y de los Caballeros y Damas de Obediencia. El Gran Canciller; Ministro de Asuntos Exteriores es el jefe de la rama ejecutiva. Responsable de la política exterior y las misiones diplomáticas de la Orden, es también el Ministro de Interior y está a cargo de las relaciones con las 47 Asociaciones nacionales de la Orden en el mundo.

82 GAMBI, P., “La Soberana Orden de Malta en el orden jurídico eclesial”, *Ius Canonicum*, núm. 87, 2004, pp. 207-208.

83 SAN MARTÍN VISCASILLAS, D.C., *La personalidad jurídica internacional de la soberana Orden militar y hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta y sus relaciones con la Santa Sede*, tesis dirigida por el Prof. Dr. Silverio Nieto Núñez, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.

cación alguna durante el periodo más turbulento de su historia, es decir, después de 1798, fecha en la que Napoleón ocupó la isla de Malta obligando a la Orden a salir de ella. Según la opinión mayoritaria de la doctrina la razón de esta anómala situación se debe al hecho de que ésta continuó siendo reconocida como sujeto soberano y no como gobierno en el exilio durante el periodo posterior al abandono de la isla. Ello justificaría su capacidad para celebrar tratados internacionales<sup>84</sup>, así como la continuidad de sus relaciones diplomáticas con buen número de naciones que formaban la comunidad internacional en aquel momento. Asimismo, su independencia es el título que ha legitimado la persistencia de su personalidad jurídica internacional ante otros sujetos del derecho internacional público y en particular ante la Santa Sede<sup>85</sup>. Actualmente, la Orden de Malta ostenta la condición de miembro observador de la ONU y mantiene relaciones diplomáticas con 112 Estados, y aunque se define como neutral, imparcial y apolítica su implicación diplomática en conflictos internacionales es ampliamente reconocida<sup>86</sup>. Su singularidad como sujeto de derecho internacional se acentúa en la medida en que, también es considerada *orden religiosa laica* por la Iglesia y mantiene un vínculo de dependencia con la Santa Sede, quedando inscrita tanto dentro del derecho internacional público como del derecho canónico.

Su compleja naturaleza y su dependencia de la Sede Apostólica ha sido, en no pocas ocasiones, objeto de controversia. De hecho, en la década de los años cincuenta del siglo pasado, tuvo lugar un importante conflicto entre el gobierno de la Santa Sede (Curia Romana) y el gobierno de la Orden de Malta que sería determinante para la comprensión de su subjetividad en la sociedad internacional contemporánea. Y es que, como consecuencia de dicho conflicto, el entonces Papa Pío XII actuó como árbitro y situó el asunto en el plano jurídico, creando un tribunal cardenalicio con la función de emitir sentencia sobre las cualidades jurídicas de dicha Orden<sup>87</sup> y concretar su grado de independencia. Dicha Sentencia, dictada el 24 de enero de 1953, vino finalmente a definir su naturaleza y a regular sus relaciones con la Santa Sede, reafirmando la dependencia respecto de esta última<sup>88</sup>. En este sentido reconocía que la Orden

---

84 En las Capitulaciones de 1798 (impuestas por Napoleón) se reconocía implícitamente la continuidad de la soberanía de la Orden. Para más información véase FERNÁNDEZ DE BÉTHENCOURT, M., “La Orden de Malta en el ordenamiento jurídico internacional: evolución histórico-jurídica”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 17, 2015, p. 717.

85 *Ibidem*

86 El hecho de que la Orden de Malta mantenga relaciones diplomáticas conlleva la existencia de un Cuerpo diplomático acreditado ante la misma, si bien, *de facto*, los diplomáticos de los diversos Estados que pertenecen a dicho Cuerpo suelen ser los mismos diplomáticos acreditados ante la Santa Sede. Este hecho, que obedece a cuestiones de tipo económico y no de carácter jurídico, no viéndose afectada por ello el inmemorial reconocimiento de su personalidad internacional por el resto de los sujetos del Derecho internacional. Para más información BONET NAVARRO, J., “La relación canónica e internacional de la Soberana Orden de Malta con la Santa Sede”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 67, núm. 169, p. 896.

87 La creación de dicho tribunal tuvo lugar mediante el Quirógrafo *Il Sovrano Militare Ordine* de 10 de diciembre de 1951. Para más información véase <https://www.jaybarra.net/Quirografo-Sentencia.htm> [consulta: 10/05/2024].

88 Sentencia publicada en *AAS* núm. 40, 1953, pp. 765-7. Sobre esta cuestión, véase G. CANSACCHI, “Lo «status» dell’Ordine di Malta sul fondamento della sentenza cardenalizia del 24 gennaio 1953”, *Il Diritto Ecclesiastico*, 1953, pp. 394-416; P.A. D’AVACK, “La figura giuridica dell’Ordine di Malta sulla base del recente giudicato pontificio e le sue conseguenze nel campo del diritto”, *Il Diritto Ecclesiastico*, 1953, pp. 381-393.

de Malta, como entidad soberana, goza de algunas prerrogativas como sujeto del Derecho internacional que son propias de la soberanía, sin embargo no identificaba éstas propias de ente soberanos en la medida en que tenía naturaleza de orden religiosa “aprobada por la Santa Sede”. Asimismo, la sentencia señalaba que su naturaleza soberana<sup>89</sup> y religiosa<sup>90</sup> están íntimamente conectadas entre sí y recordaba la naturaleza funcional de su carácter soberano, es decir, dirigido a asegurar la consecución de los fines de la Orden y su desarrollo en el mundo. Afirmaciones todas ellas que quedaron reflejadas en la Constitución de la Orden de Malta de 1961<sup>91</sup>, en la que, además, se reconoció de forma expresa valor constitucional al citado fallo del tribunal cardenalicio<sup>92</sup>.

Ahora bien, la pérdida de autonomía que significó para la Orden de Malta esta sentencia nunca fue bien recibida por sus jerarquías, que, terminaron aceptando la situación con reservas<sup>93</sup>. Esta circunstancia explica que, décadas más tarde, con motivo de la reforma de los textos legales se promoviera una nueva constitución en la que se hicieron cambios sustanciales respecto a su naturaleza<sup>94</sup>. Así, por ejemplo, mientras que en la Carta Constitucional de 1961 se afirmaba que “la Orden es persona jurídica, solemnemente aprobada por la Santa Sede” (art.1 parr. 2), en la Constitución de 1997 se decía que “la Orden es persona jurídica reconocida por la Santa Sede” (art. 4 parr.1). Modificación ésta que, desde el punto de vista jurídico, tiene una importante repercusión jurídica: la orden pasaba así de ser una persona jurídica pública con una misión en nombre de la Iglesia, a una persona jurídica privada que actúa sólo en nombre propio.

89 Sobre su carácter de Orden Soberana, dice la sentencia cardenalicia: “La qualità di Ordine sovrano (...) ripetutamente riconosciuta dalla Santa Sede ed enunziata nel citato articolo, consiste nel godimento di alcune prerogative inerenti all’Ordine stesso come Soggetto di diritto internazionale. Tali prerogative, che sono proprie della sovranità, –a norma dei principi del diritto internazionale– e che, dietro l’esempio della Santa Sede, sono state riconosciute anche da alcuni Stati, non costituiscono tuttavia nell’Ordine quel complesso di poteri e prerogative, che è proprio degli Enti sovrani nel senso pieno della parola”. Véase AAS núm. 40, 1953, pp. 765-7.

90 Sobre la naturaleza de orden religiosa la sentencia cardenalicia afirma que “L’Ordine Gerosolimitano di Malta, in quanto composto dei Cavalieri e dei Cappellani, di cui agli articoli 4 a 9 del Titolo I delle Costituzioni, è una Religione e più precisamente un Ordine religioso, approvato dalla Santa Sede (*Codex Iuris Canonici*, can. 487 e 488, n. 1 e 2). Esso persegue, oltre la santificazione dei suoi membri, anche fini religiosi, caritativi e assistenziali”. Véase AAS núm. 40, 1953, pp. 765-7.

91 La Carta Constitucional fue aprobada por Juan XXIII mediante el Breve Apostólico Exigit Apostolicum Officium, de 24 de junio de 1961, que sustituyó la Carta Constitucional anterior, aprobada por Pío XII con el *Breve Pontificio Præcipuam Curam*, de 21 de noviembre de 1956. Por su parte, el Código melitense fue aprobado por un Decreto Magistral de 1 de agosto de 1966. Concretamente, sobre los Estatutos anteriores de la Orden, véase MICALLEFF, A., *Lezioni sugli Statuti del Sagra’Ordine Gerosolimitano nell’Università degli Studi di Malta per l’anno 1792*, Whitefish, 2009; MARCARINI, L. “Le fonti del diritto melitense”, *Nobiltà*, 2004, pp. 378-87 y COSTARELLA, M., “La legislazione dell’Ordine Gerosolimitano nel Governo di Malta”, *Il Diritto Ecclesiastico*, 1958, pp. 496-500.

92 *Ibidem*.

93 La acataron, pero solo en lo concerniente a sus miembros religiosos. Tampoco aceptaron el contenido del Quirógrafo Pontificio por el que se constituyó el tribunal y en que se afirmaba que la Sentencia sería definitiva y no sería susceptible de apelación.

94 Con motivo de esa sanción del texto constitucional se suprimieron el Quirógrafo del Papa Pío XII, *Il Sovrano Militare Ordine* de 10 de diciembre de 1951 y la Sentencia Cardenalicia de 24 de enero de 1953, de la Carta Constitucional de 1997. Dicho documento (quirógrafo) investía al Tribunal Cardenalicio de los más amplios poderes y de la máxima autoridad pontificia. Advertía, además, que la Sentencia del Tribunal será definitiva y no será susceptible de ser apelada ni de otro menoscabo cualquiera.

Asimismo, con la reforma de 1997 también se hizo desaparecer de la Carta Constitucional la afirmación del antiguo art. 3 por el que se obligaba a interpretar el Derecho malitense de acuerdo con el Derecho canónico. En definitiva, con la reforma de 1997 los jefes de la Orden de Malta hicieron desaparecer básicamente del texto constitucional las referencias relativas a la vinculación con la Santa Sede e incluir nuevas referencias en relación con la independencia de sus miembros<sup>95</sup>. Dicha reforma constitucional se llevó a cabo, además, sin seguir las garantías procesales establecidas para ello, ya que tuvo lugar sin la promulgación de un documento del papa (quirógrafo), ni de su sanción expresa.

Desde entonces los episodios de tensión entre la Santa Sede y la Orden de Malta, a causa de su pretendida autonomía e independencia, no se han dejado de suceder, siendo la última en 2016. A finales de ese año se produjo un conflicto a causa de la dimisión (o despido) del entonces gran canciller, Albert Freiherr von Boeselager, quien denunció la distribución gratuita de preservativos en algunos centros de salud gestionados por la Orden de Malta en varios países<sup>96</sup>. Esta denuncia escondía una pugna interna por el control de la institución, dividida en dos facciones: la comandada por el Gran Canciller<sup>97</sup>, y el Gran Maestre<sup>98</sup>. Esta situación provocó la intervención de Roma, que creó una comisión para investigar las causas de aquel cese. El Gran Maestre no admitió la intervención vaticana, reivindicando la plena soberanía de la Orden de Malta y convocando su propia comisión, situación ésta que daría lugar, finalmente, a su cese a petición del propio papa.

En este contexto, el papa encomendó a un cardenal una investigación profunda de lo sucedido, así como del funcionamiento de la Orden de Malta, que concluyó con la recomendación de refundar, casi diez siglos después de su creación, la propia organización. De este modo, el papa tomó una medida sin precedentes en la reciente historia de la Iglesia: intervenir la Orden de Malta y redefinir su estatuto y naturaleza. Así, con la firma de un Decreto de 3 de septiembre de 2022<sup>99</sup> Francisco eliminó las mencionadas referencias de independencia que habían

---

95 Carta Constitucional y Código de la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta, promulgada el 27 de junio de 1961, reformada por el Capítulo General Extraordinario del 28-30 de abril de 1997, publicada en el Boletín Oficial de la Orden, número especial, de 12 de enero de 1998.

96 Para más información véase <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-papa-interviene-orden-malta-acabar-problemas-arrastra-20220903144058.html> [consulta: 10/05/2024].

97 El Gran Canciller y ministro de Asuntos Exteriores es el jefe de la rama ejecutiva. Responsable de la política exterior y las misiones diplomáticas de la Soberana Orden de Malta, es también el ministro de Asuntos Internos y está a cargo de las 48 asociaciones nacionales de la Orden en el mundo. Bajo la autoridad del Gran Maestre y de conformidad con la Carta Constitucional y el Código, es el encargado de la representación de la Orden en sus relaciones con terceros, de la dirección política y la administración interna, así como de la coordinación de las actividades del Gobierno de la Orden de Malta. Para más información véase <https://www.orderofmalta.int/es/gobierno/gran-canciller/> [consulta: 10/05/2024].

98 El Gran Maestre es quien ejerce la suprema autoridad de la Orden de Malta. Junto al Consejo Soberano, promulga las disposiciones legislativas no cubiertas por la Carta Constitucional, adopta decisiones gubernamentales y ratifica acuerdos internacionales. Administra los bienes de la Orden y convoca el Capítulo de Profesos y el Capítulo General. Los Estados con los que la Orden mantiene relaciones diplomáticas reconocen al Gran Maestre con las prerrogativas, inmunidades y honores que corresponden a los jefes de Estado. Para más información, véase <https://www.orderofmalta.int/es/gobierno/gran-maestre/>

99 Órgano que asiste al Gran Maestre en el gobierno de la Orden. El nuevo Consejo Soberano Provisional estuvo formado por el Gran Comendador Fray Emmanuel Rousseau, el Gran Canciller Riccardo Paternò

sido introducidas en la Constitución de 1997, recordando, como ya hacía la Sentencia de 24 de enero de 1953, que las prerrogativas de la Orden de Malta no constituyen un conjunto de poderes y prerrogativas propias de las entidades soberanas. Con esta medida, Bergoglio vino a reestablecer el estatus jurídico inicial descrito en aquella sentencia y que quedó reflejado en el primer texto constitucional de 1961. De hecho, la nueva constitución de la Orden de Malta afirma que ésta goza de personalidad jurídica pública dentro de la Iglesia (art. 5) y reconoce el valor de fuente de derecho a los actos normativos del papa (art. 6.2)<sup>100</sup>. De este modo, el pontífice ha dejado claro que, tanto en el contexto interno como internacional, la Orden de Malta es una entidad aprobada por la Santa Sede y que, por tanto, depende, en sus diversas articulaciones de ella.

## VII CONCLUSIONES

A diferencia de los demás Estados, que por definición son entes políticos al servicio de su población, el ECV ha sido creado con un propósito instrumental, apolítico y trascendente a la población que lo integra: el de garantizar la independencia y soberanía de la Santa Sede en el contexto internacional. Es por ello que su máxima autoridad (Jefe de Estado) recae en persona del Sumo Pontífice. Por otra parte, el ECV es al día de hoy la única monarquía absoluta, no hereditaria y electiva del mundo, situando su estructura política y jurídica cerca de la teoría clásica del derecho divino de los reyes. Todas estas circunstancias explican que las reformas llevadas a cabo por los papas hayan tenido profundas e importantes consencuencias estructurales en su dimensión temporal y espiritual de ambos sujetos de derecho internacional

A tenor de las reformas que se han sucedido durante el pontificado de Francisco, podríamos afirmar que estamos ante una verdadera reconceptualización de la política internacional de la Santa Sede, caracterizada por un evidente abandono de la centralidad europea y una decidida apuesta por las realidades periféricas, entendiéndolo por éstas, no solo las situadas en entornos alejados geográficamente de Roma, sino también política y culturalmente. Podríamos afirmar, por tanto, que Bergoglio está llevando a cabo una planificada y meditada estrategia de acercamiento a los límites externos y existenciales de la Iglesia, queriendo evitar con ello una eventual desconexión estructural de la sociedad internacional contemporánea. Son numerosas las reformas que testimonian esta intencionalidad. Una de ellas es su política exterior, caracterizada por una *diplomacia realista* con la que se busca la mejor situación posible para la Iglesia en contextos tradicionalmente contrarios o potencialmente hostiles y que nos recuerda a la *Ostpolitik* llevada a cabo durante la guerra fría. No cabe duda de que su política ha estado orientada hacia el continente asiático y, en concreto, hacia la normalización de las relaciones

---

di Montecupo, el Gran Hospitalario Fray Alessandro de Franciscis, el Receptor del Tesoro Común Fabrizio Colonna y por: Fray Roberto Viazzo, Fray Richard Wolff, Fray John Eidinow, Fray João Augusto Esquivel Freire de Andrade, Fray Mathieu Dupont, Antonio Zanardi Landi, Michael Grace, Francis Joseph McCarthy, Mariano Hugo Windisch-Graetz. Para más información, véase <https://www.vaticannews.va/es/papa/news/2022-09/papa-francisco-promulgacion-decreto-orden-demalta.html> [consulta: 10/05/2024].

100 *Carta Costituzionale della del Sovrano Militare Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Gerusalemme di Rodi e di Malta*, 3 settembre 2022, disponible en <https://www.orderofmalta.int/wp-content/uploads/2022/09/Sovrano-Ordine-di-Malta-Carta-Costituzionale-e-Codice-2022-2.pdf> [consulta: 10/05/2024].



con la República Popular China. Las relaciones no han sido fáciles con este país desde la instauración del régimen comunista y con el que, tras años de negociaciones, Bergoglio ha logrado firmar un histórico acuerdo relativo al nombramiento de autoridades eclesiales. Todo apunta a que este acuerdo satisface los intereses de ambas partes. Por una parte, con él la Santa Sede sienta las bases en su interés por avanzar en el proceso de normalización de sus relaciones con el gigante asiático. Y, a cambio, China avanza en su acercamiento a centroamérica, región de tradición católica, donde se concentra buena parte de los pocos países que aún mantienen relaciones con Taiwán.

Asimismo, las reformas impulsadas por Francisco no solo se han dejado notar en el diseño de la política diplomática y en las relaciones internacionales, sino también en el plano jurídico, como testimonia la promulgación de una nueva Constitución para el ECV en la que, si bien no se han introducido grandes cambios desde el punto de vista del derecho internacional, sí que ha servido para reafirmar su carácter funcional al servicio de la Santa Sede, así como la subjetividad de ambos. Llama la atención, asimismo, las reformas introducidas en el estatuto jurídico y composición de la Orden Soberana de Malta, sujeto internacional *sui generis* que, tras la promulgación del Decreto de 3 de septiembre de 2022, ha perdido parte de la autonomía e independencia que, de forma controvertida, había adquirido en 1997, alejándose del régimen jurídico que, formalmente, había tenido hasta ese momento.

En definitiva, la acción exterior desplegada por el papa Francisco como máxima autoridad de la Santa Sede y Jefe de Estado del ECV, supone un gran aporte a la construcción de un mundo multipolar y pluricultural, así como al respeto de diferencias identitarias, tan necesario para la convivencia en paz. En este sentido, son significativos sus esfuerzos por construir una sociedad internacional más justa, donde se respete y se conviva de forma responsable con la naturaleza, cuestión ésta a la que se ha realizado interesantes aportes con ocasión de la Carta Encíclica *Laudato sí*.



# CRÓNICAS



# CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, C. QUESADA ALCALÁ, J. LASO PÉREZ,  
M. GARCÍA CASAS, E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO,  
M.C. MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. E. SALAMANCA AGUADO,  
E. M. RUBIO FERNÁNDEZ, A. D. ARRUFAT CÁRDAVA,  
Y V. MENÉNDEZ MONTERO**

**COORDINADA POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ\*  
Y M. GARCÍA CASAS\*\***

## SUMARIO:

LA ORDENANZA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2023 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DEL LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (GUYANA c. VENEZUELA)

POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO ..... pp.407-412

LAS MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DE LA FRANJA DE GAZA: UNA CUESTIÓN DE HUMANIDAD (ICJ, APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP (SOUTH AFRICA v. ISRAEL), ORDER, 26 JANUARY 2024)

POR C. QUESADA ALCALÁ ..... pp. 413-418

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 2 DE FEBRERO DE 2024, EN EL ASUNTO DE LAS ALEGACIONES DE GENOCIDIO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO (UCRANIA c. RUSIA: EXCEPCIONES PRELIMINARES)

POR J. LASO PÉREZ..... pp. 419-424

UN CAPÍTULO QUE SE CIERRA EN LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL DE UCRANIA: LA SENTENCIA DE LA CIJ, DE 31 DE ENERO DE 2024, SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (UCRANIA c. RUSIA)

POR M. GARCÍA CASAS ..... pp. 425-429

---

\* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia ([evarubio@um.es](mailto:evarubio@um.es)).

\*\* Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad Autónoma de Madrid ([maria.garciac@uam.es](mailto:maria.garciac@uam.es)).

DE TORTURAS Y ESTRATEGIAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (ORDENANZA DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO CANADÁ Y PAÍSES BAJOS c. LA REPÚBLICA ÁRABE SIRIA, 2023)

POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ..... pp. 431-435

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 13 DE JULIO DE 2023 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EXTENDIDA MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS MARINAS CONTADAS DESDE LA COSTA NICARAGÜENSE (NICARAGUA C. COLOMBIA)

POR E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO..... pp. 437-441

BIG BROTHER IS WATCHING YOU! (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 4 DE JULIO DE 2023, ASUNTO GLUKHIN c. RUSIA)

POR M.C. MUÑOZ RODRÍGUEZ..... pp.443-446

EL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO Y LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA DEL ESTADO: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ASUNTO G.T.B c. ESPAÑA

POR M.E. SALAMANCA AGUADO..... pp.447-451

REALINEANDO LA DOCTRINA GONZALEZ CARREÑO: LA SENTENCIA 5520/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2023

POR A.D. ARRUFAT CÁRDAVA..... pp. 453-456

LA CELEBRACIÓN DE UN NUEVO JUICIO COMO REPARACIÓN EN LOS CASOS DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL (STC 9/2024, DE 17 DE ENERO)

POR V. MENÉNDEZ MONTERO..... pp. 457-460

# LA ORDENANZA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2023 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DEL LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (*GUYANA C. VENEZUELA*)

SOLEDAD TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO\*

## I. HECHOS

El 1 de diciembre de 2023, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la CIJ o la Corte) se pronunció, por tercera vez, acerca de un procedimiento incidental en el asunto relativo al Laudo arbitral de 3 de octubre de 1899. Los comentarios a las excepciones preliminares tanto de jurisdicción como de admisibilidad, resueltas anteriormente han sido objeto de sendos estudios en esta misma Crónica<sup>1</sup>. Estas páginas versan sobre la solicitud de medidas cautelares introducida por el demandante del litigio principal, República Cooperativa de Guyana, con la que pretendía evitar la celebración del referéndum consultivo convocado por el Consejo nacional electoral venezolano, y, subsidiariamente, si esta consulta popular se mantuviera, la retirada de la mayoría de las cuestiones planteadas (tres de cinco).

Si bien todas las preguntas aprobadas para su formulación en aquella consulta se refieren al contencioso del que está conociendo la Corte, las que lo hacen en mayor medida son la primera, la tercera y la quinta<sup>2</sup>, a pesar de que las dos restantes no resultan neutras dado que también se refieren al contencioso de forma directa<sup>3</sup>. A través de estas redacciones, en opinión

---

\* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid ([s.torrecuadrada@uam.es](mailto:s.torrecuadrada@uam.es)). Comentario realizado al amparo del Proyecto de investigación titulado “Hacia una Corte Internacional de Justicia del siglo XXI” (PID2022-141166NB-I00).

1 En REEI nº 41 (2021) J. LASO PÉREZ realizó un comentario sobre la Sentencia de 18 de diciembre de 2020 acerca de la jurisdicción de la CIJ para conocer del fondo del asunto. En REEI nº 46 (2023), apareció un comentario sobre la Sentencia de 6 de abril de 2023 sobre la admisibilidad de la demanda Guyanesa (p. 551 y ss.).

2 Se trata de las siguientes: la primera: “¿Está usted de acuerdo en rechazar, por todos los medios, conforme a derecho, la línea impuesta fraudulentamente por el Laudo Arbitral de París de 1899, que pretende despojarnos de nuestra Guayana Esequiba?”; la tercera: “¿Está usted de acuerdo con la posición histórica de Venezuela de no reconocer la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para resolver la controversia territorial sobre la Guayana Esequiba?”; y, la quinta: “¿Está usted de acuerdo con la creación del estado Guayana Esequiba y que se desarrolle un plan acelerado para la atención integral a la población actual y futura de ese territorio, que incluya entre otros el otorgamiento de la ciudadanía y cédula de identidad venezolana, conforme al Acuerdo de Ginebra y el Derecho Internacional, incorporando en consecuencia dicho estado en el mapa del territorio venezolano?” (Véase la información oficial de la Asamblea Nacional, publicada el 23 de octubre de 2023, en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/cne-aprueba-por-unanimidad-cinco-preguntas-para-referendo-consultivo>)

3 La segunda “¿Apoya usted el Acuerdo de Ginebra de 1966 como el único instrumento jurídico válido para alcanzar una solución práctica y satisfactoria para Venezuela y Guyana, en torno a la controversia sobre el territorio de la Guayana Esequiba?” y la cuarta “¿Está usted de acuerdo en oponerse por todos los me-

del demandante<sup>4</sup>, se pone en cuestión la validez y los efectos jurídicos de la sentencia arbitral de 1899; e intenta ejercer “sovereignty over the territory between the Essequibo River, and the boundary established by the 1899 Award and the 1905 Agreement; and the purported creation of the State of “*Guayana Esequiba*” and any associated measures, including the granting of Venezuelan citizenship and national identity cards”<sup>5</sup>.

Además de lo anterior, Guyana solicita a la Corte que Venezuela se abstenga de realizar actos susceptibles de dificultar la solución de la controversia en presencia, así como de preparar acciones que puedan implicar el ejercicio de soberanía sobre el territorio polémico o el control *de facto* sobre el mismo. Medida que, en definitiva, no es tal, pues supone recordar al demandado que debe cumplir sus obligaciones, especialmente si se trata de derecho imperativo. De todos modos, el temor de Guyana era el temor de que Venezuela se anexionase “its new State of Guyana esequiba”<sup>6</sup>, pues de los posts y videos publicados por el Ministro Venezolano de Defensa (General Vladimir Padrino López) y el coronel Juan Gutiérrez Ortiz cabía desprender tal amenaza.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El contexto fáctico perfilado por la solicitud de medidas cautelares de Guyana plantea cuestiones jurídicas de gran interés<sup>7</sup>, si bien antes de centrarnos en ella, tan solo recordaré la referencia de Venezuela durante la audiencia pública al momento en el que comunicó la realización del referéndum a la Presidenta de la Corte y representantes de las partes, en el transcurso de una reunión celebrada el 26 de febrero de 2021<sup>8</sup>. Por ello, no entiende que Guyana hubiera esperado más de dos años para interponer la solicitud de medidas cautelares, aunque resulta comprensible que la solicitud guyanesa solo se produjera tras conocer las cuestiones que se incorporarían en la consulta popular anunciada.

---

dios conforme a derecho, a la pretensión de Guyana de disponer unilateralmente de un mar pendiente de delimitar, de manera ilegal y en violación del derecho internacional?” se refieren a distintos aspectos del contencioso. La indicada en primer lugar, a la búsqueda de un instrumento distinto al Acuerdo de Ginebra de 1966 para la solución de la controversia en presencia y la segunda, al derecho del mar.

4 Véase la solicitud de la República Cooperativa de Guyana en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20231030-wri-01-00-en.pdf>

5 El texto transcrito se encuentra en la solicitud de medidas cautelares citada *supra* en nota 5, p. 7.

6 Véase Acta de la Audiencia Pública celebrada el 14 de noviembre de 2023, a las 10h., en el Palacio de la Paz bajo la Presidencia de Mme Donoghue (CR 2023/23, para. 17).

7 Si bien, la CIJ comienza con su tradicional reiteración de las claves de las medidas cautelares: primera, que posee competencia para conocer del fondo del asunto y la demanda introducida es admisible; segunda, que las medidas cautelares tienen por objeto la protección de derechos sobre los que ha de pronunciarse en su respuesta a las cuestiones de fondo; tercera, existe una relación directa entre los derechos objeto de protección y las medidas cautelares solicitadas; cuarta, se visualiza un riesgo y un perjuicio irreparable que pueden sufrir los derechos de no adoptarse medidas que permitan su protección; y quinta, reuniéndose todos los aspectos recién referidos, su Reglamento (artículo 75.2) permite indicar las medidas solicitadas o cualesquiera otras que considere oportunas para proteger el riesgo que fundamenta su adopción.

8 Es la intervención de Makane Moïse Mbengue, en la Audiencia Pública del día 15 de noviembre de 2023 (CR 2023/24, para. 5, p. 19).



La cuestión jurídica más relevante fue la formulada por los representantes de Venezuela en el sentido de que la aceptación de la solicitud guyanesa implicaría la intromisión de la Corte en los asuntos internos del Estado respecto del cual se formula la petición. Resulta meridiano que la organización de un referéndum en Venezuela supone la aplicación del artículo 71 de su Constitución<sup>9</sup>, motivo por el cual, la intromisión de la CIJ implicaría una violación de la Carta de las Naciones Unidas, al tratarse de un asunto estrictamente doméstico<sup>10</sup>. Además, recordemos que el derecho a la participación política se encuentra recogido en el artículo 25.a) el Pacto internacional de derechos civiles y políticos que establece el derecho de todas las personas de “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente...”, una de cuyas materializaciones del ejercicio de este derecho es el referéndum.

El demandante defiende no cuestionar la decisión de convocar un referéndum consultivo, sino muy especialmente, esta convocatoria teniendo en cuenta las preguntas que contiene, así como sus eventuales consecuencias, que pondrían en riesgo las tres cuartas partes de su territorio. La solicitud subsidiaria de Guyana acerca de la supresión de algunas de las preguntas incorporadas en la consulta popular resulta igualmente controvertida, por cuanto se inmiscuiría también en los asuntos domésticos del Estado. Además, la Vicepresidenta ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, afirma que la misma es única e indivisible, se encuentra aprobada por las instituciones establecidas al efecto tal y como se ha publicado. Por otra parte, Makane Moïse Mbengue, representante de Venezuela, afirmó en las audiencias orales un mensaje tranquilizador al indicar que la consulta popular planteada: “cannot have any effect on the validity or invalidity of the arbitral award of 3 October 1899 or cannot have any effect on the ‘related issued the [final] settlement of the boundary dispute’<sup>11</sup>.”

La posición de la República Cooperativa de Guyana defiende que el peligro se encuentra en la consecuencia previsible del referéndum, especialmente a la luz de la quinta de las preguntas del referéndum: la creación de un nuevo Estado venezolano con la incorporación del territorio del Esequibo y la concesión de la nacionalidad a su población<sup>12</sup>. De materializarse las sospechas guyanesas, el pronunciamiento sobre el fondo del litigio principal en la controversia en causa carecería de todo sentido y efecto, puesto que se habrían adoptado medidas que implicarían el ejercicio de soberanía sobre el territorio polémico.

Como se indicó antes, las cuestiones más controvertidas de la consulta popular son las impares (1, 3 y 5), la primera, por cuanto se pretende rechazar el laudo arbitral de 1899, que establece la soberanía británica sobre el Esequibo, en la actualidad y tras la independencia de Guyana, fruto de la sucesión producida, es territorio guyanés. Aunque las palabras del representante venezolano antes transcritas resultan tranquilizadoras en este punto, la consecuencia de la consulta popular complicaría la continuidad del litigio, por lo que el efecto de una respuesta

---

9 Artículo 71: “Las materias de especial transcendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta...”

10 Véase en este sentido Delcy Rodríguez, Vicepresidenta ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela en la Audiencia Pública del día 15 de noviembre de 2023, CR 2023/24, paras. 2 y ss.

11 *Ibid.*, para. 43, pp. 26-27.

12 Es la intervención del agente de la República Cooperativa de Guyana, Carl B. Greenidge en la audiencia oral del día 14 de noviembre de 2023, CR 2023/23, para. 3, p. 14. Véase texto de la pregunta en nota nº 2.

mayoritaria en apoyo a la posición venezolana no podía ser otra que el rechazo a la frontera impuesta en aplicación de aquel. Jurídicamente es claro que esta situación carece de relevancia sobre la validez del acto impugnado, pero no por ello la consecuencia será pacífica.

Si Venezuela decidiera aplicar una respuesta favorable a la tercera pregunta se ubicaría como un demandado en rebeldía, puesto que implicaría el apoyo popular a la retirada del Estado del contencioso en presencia, dado que la cuestión, como se indicó en la primera página de esta crónica es el acuerdo sobre el no reconocimiento de la jurisdicción de la CIJ para conocer del fondo de este asunto. Por lo que se refiere a la planteada en último lugar, de acuerdo con la opinión guyanesa, abocaría a Venezuela a la anexión del Esequibo. En apoyo de esta idea, se apuntan las maniobras militares para ello, así como las declaraciones antes indicadas al respecto. A la vista de esta argumentación, no es de extrañar que solicitara medidas cautelares para proteger su integridad territorial<sup>13</sup>. Sin embargo, en la Audiencia Pública, Venezuela afirmaba que el propósito de la identificación de la población no era otra que facilitar “the frontier population, particularly those who engage in commercial and day-to-day activities, and will ensure the free movement of persons in the area. Lastly, the incorporation of ‘Guyana Esequiba’ in Venezuela’s cartography is something that Venezuela, who has a plausible claim to the dispute territory, has already done many decades ago and of which Guyana, yet again, is very much aware<sup>14</sup>”.

Desde una perspectiva jurídica, de un referéndum consultivo no derivan obligaciones jurídicamente exigibles, pero políticamente no parece comprensible que el convocante se desentienda del resultado obtenido, máxime si está avalado por una mayoría importante. En el caso que nos ocupa, el número de participantes en la consulta no fue tan elevado como cupiera pensar a priori (el 52,15%<sup>15</sup>), lo cierto es que todas las fuentes indican que las preguntas formuladas recibieron alrededor de un 95% de respuestas favorables<sup>16</sup>. Pese a lo anterior, el Presidente Maduro el día después de la celebración de la consulta proclamó el referéndum vinculante<sup>17</sup>, afirmación que jurídicamente carece de fundamento, puesto que la Constitución dota al Presidente de la República de la competencia para convocar referéndum (artículo 236.22) de naturaleza consultiva, careciendo la Presidencia de competencia constitucional para alterar la citada naturaleza. Esta afirmación se produjo pese a que, en la Audiencia Pública, Makane

---

13 Todas las afirmaciones de los párrafos anteriores se encuentran en la Audiencia Pública de 14 de noviembre de 2023, CR 2023/23.

14 Intervención de Makane Moïse Mbengue en la Audiencia Pública del 15 de noviembre de 2023, CR 2023/24, para. 8, p. 20.

15 Así, [Eldiario.es](https://www.eldiario.es/internacional/venezolanos-respaldan-referendum-reclamacion-soberania-essequibo-franja-guyana_1_10742108.html) afirmó que participaron diez millones y medio de personas de los veinte millones que podían hacerlo (52,5% del censo), en [https://www.eldiario.es/internacional/venezolanos-respaldan-referendum-reclamacion-soberania-essequibo-franja-guyana\\_1\\_10742108.html](https://www.eldiario.es/internacional/venezolanos-respaldan-referendum-reclamacion-soberania-essequibo-franja-guyana_1_10742108.html), también en <https://www.infobae.com/venezuela/2023/12/04/pese-a-los-pocos-votantes-el-regimen-de-maduro-reporto-millones-de-sufragios-por-el-si-en-el-referendum-consultivo/> y el cierre de las mesas electorales se prolongó durante dos horas para “dar la oportunidad a aquellos que no habían podido votar” <https://elpais.com/america/2023-12-04/el-chavismo-gana-el-referendum-para-la-anexion-del-essequibo-y-eleva-la-tension-con-guyana.html>

16 Véase por todos: <https://elpais.com/america/2023-12-04/el-chavismo-gana-el-referendum-para-la-anexion-del-essequibo-y-eleva-la-tension-con-guyana.html>

17 Véase noticia en Prensa Presidencial: <https://mppre.gob.ve/2023/12/04/presidente-maduro-ratifica-caracter-vinculante-referendum-consultivo/>

Moïse Mbengue, había afirmado: “None of the outcomes of the referendum will have any adverse impact on Guyana’s alleged title over the disputed territory and even less create a risk of irreparable harm to Guyana<sup>18</sup>”.

Finalmente, la Corte adoptó por unanimidad las medidas solicitadas por Guyana de forma residual, realizando un llamamiento a Venezuela para que se abstuviera de “taking any action which would modify the situation that currently prevails in the territory in dispute, whereby the Co-operative Republic of Guyana administers and exercises control over that area” y, a ambas partes que “shall refrain from any action which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve”. Lo que no es una medida cautelar, sino, como dije antes, un recordatorio de las obligaciones estatales.

Los hechos posteriores a la celebración de la consulta popular materializaron las peores previsiones guyanesas, pues se han adoptado actos normativos cuya aplicación vulneraría normas básicas de derecho internacional, incluso de naturaleza imperativa. Así, el 8 de diciembre, el Presidente Maduro firmó seis decretos para “el desarrollo y la defensa del nuevo estado de Venezuela ‘Guyana Esequiba’”<sup>19</sup>. Decretos en los que se designa como autoridad única del Estado de Guyana Esequiba a Alexis José Rodríguez Cabello (general venezolano y miembro de la Asamblea Nacional), crea una Comisión nacional para la defensa y la recuperación de la Guyana Esequiba, se oficializa el nuevo mapa de Venezuela en el que se incorpora el territorio objeto de la controversia ante la CIJ a este último Estado<sup>20</sup>; “la creación inmediata de la división Pdvs Esequibo CVG Esequibo, asimismo se procedió a dar licencia para la exploración y explotación de petróleo, gas y minerales en todo el territorio y en mares”<sup>21</sup>; la creación de la nueva zona de defensa integral de la Guyana Esequiba; y, la declaración de nuevos parques nacionales y monumentos nacionales en ese territorio. Habrá que esperar acontecimientos para ver si la vulneración del derecho internacional antes indicada se materializa.

### III. CONCLUSIONES

Que la Corte recuerde a las partes que tienen que cumplir con las normas y obligaciones que les resultan internacionalmente exigibles tiene difícil acomodo en el concepto de medida cautelar. Por otra parte, lo acontecido en días posteriores al referéndum en Venezuela supone la adopción de medidas cuya materialización puede afectar gravemente a los derechos objeto del litigio principal. Lo que implica que las consecuencias de los actos de ámbito estrictamente doméstico son susceptibles de vulnerar las normas de derecho imperativo.

---

18 Audiencia Pública de 15 de noviembre de 2023, CR 2023/24, para. 44, p. 27.

19 Afirmación que se hizo pública en el perfil de Nicolás Maduro en la red X el mismo día 8 de diciembre. También en: <https://elpais.com/america/2023-12-04/el-chavismo-gana-el-referendum-para-la-anexion-del-essequibo-y-eleva-la-tension-con-guyana.html>

20 <https://elestimulo.com/politica/2023-12-08/es-oficial-maduro-decreta-posesion-del-essequibo-como-un-estado-de-venezuela/>

21 [http://www.pdvs.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9922:presidente-nicolas-maduro-firmo-decreto-para-la-creacion-de-pdvs-y-cvg-essequibo&catid=10:noticias&Itemid=5&lang=es](http://www.pdvs.com/index.php?option=com_content&view=article&id=9922:presidente-nicolas-maduro-firmo-decreto-para-la-creacion-de-pdvs-y-cvg-essequibo&catid=10:noticias&Itemid=5&lang=es)

Una cuestión añadida a la anterior deriva del peligro de una de las argumentaciones venezolanas. La Vicepresidenta ejecutiva venezolana, Delcy Rodríguez, en su intervención en la audiencia oral del día 15 de noviembre (para. 4) indicó que la posición venezolana es no someter a arreglo de controversias aquellas diferencias vinculadas a sus intereses vitales. El problema de esta afirmación es que será el propio Estado quien determine unilateralmente cuáles son esos intereses vitales y, si no aplica medios de solución pacífica, ¿cómo los resuelve, por la fuerza? Habrá que ver cómo evolucionan los acontecimientos para realizar un análisis de la situación presente y de los eventuales contenciosos futuros a los que pueda enfrentarse la República Bolivariana de Venezuela.

# LAS MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DE LA FRANJA DE GAZA: UNA CUESTIÓN DE HUMANIDAD (ICJ, *APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP (SOUTH AFRICA V. ISRAEL)*, ORDER, 26 JANUARY 2024)

CARMEN QUESADA ALCALÁ\*

## I. ANTECEDENTES Y HECHOS

El 29 de diciembre de 2023, Sudáfrica presentó una demanda contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en relación con la presunta violación por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (la “Convención sobre Genocidio”) respecto de los palestinos en la Franja de Gaza. Según dicha demanda, los actos y omisiones por parte de Israel tenían carácter genocida, puesto que son cometidos con la intención específica de “[...] destruir a los palestinos en Gaza como parte del grupo nacional, racial y étnico palestino más amplio”<sup>1</sup>. Igualmente, en dicha demanda se establece que “[...] la conducta de Israel, a través de sus órganos estatales, agentes estatales y otras personas y entidades que actúan siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección, control o influencia – en relación con los palestinos en Gaza–, vulnera sus obligaciones según la Convención sobre Genocidio”<sup>2</sup>. Otra de las afirmaciones contenidas en la demanda hace alusión a que “[...] Israel, desde el 7 de octubre de 2023 en particular, no ha impedido el genocidio ni ha perseguido la incitación directa y pública al genocidio, de modo que ha participado y está participando en actos genocidas”<sup>3</sup>, que van dirigidos contra el Pueblo Palestino en Gaza.

Esta demanda contiene una solicitud de medidas provisionales, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la CIJ y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la Corte. El demandante solicita a la Corte que adopte medidas provisionales para “proteger contra daños mayores, graves e irreparables cometidos contra los derechos del Pueblo Palestino en virtud de la Convención sobre el Genocidio”<sup>4</sup> y asegurar el cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la Convención mencionada. En dicha solicitud de medidas se instaba a que Israel

---

\* Profesora titular de Derecho internacional público en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (cquesada@der.uned.es).

1 La traducción es propia. Véase: CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 December 2023.

2 *Ibidem*, párr.1.

3 *Ibidem*, párr.110, d), g) and h).

4 *Ibidem*, párrs.112-119.

suspendiera con carácter inmediato las actividades militares que está lleva a cabo en y contra Gaza. Las audiencias para la adopción de dichas medidas fueron llevadas a cabo los días 11 y 12 de enero de 2024<sup>5</sup>.

## II. UN ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EL 26 DE ENERO DE 2024

Es de resaltar que, en el asunto de Gambia contra Myanmar, la CIJ tardó dos meses en adoptar medidas provisionales. En el caso de los Territorios Palestinos Ocupados, apenas tardó un mes. El 26 de enero de 2024, la CIJ dictó dichas medidas provisionales, instando a Israel adoptar todas las medidas” posibles para prevenir” un genocidio en Gaza<sup>6</sup>. Así mismo, se pidió a Israel que adoptara medidas efectivas para impedir la destrucción de pruebas relacionadas con las vulneraciones de la Convención sobre el Genocidio en la Franja de Gaza<sup>7</sup>, con lo que se intenta garantizar la preservación de las pruebas. Como elementos muy importantes de cara a la vida de los civiles en la Franja de Gaza, la CIJ también solicitó a Israel que tomara medidas efectivas con carácter inmediato para permitir la prestación de servicios básicos y asistencia humanitaria a los palestinos de dicho territorio<sup>8</sup>.

Esta decisión en relación con las medidas provisionales posee algunos elementos que merecen ser resaltados por su relevancia. En primer lugar, reafirmó el *ius standi* de Sudáfrica<sup>9</sup>, lo que posee importantes consecuencias a efectos de afirmar las obligaciones *erga omnes* derivadas de la violación de ciertas normas de Derecho Internacional Público, y en relación con la activación de la jurisdicción de la Corte de la ONU. En segundo lugar, la CIJ utiliza varias informaciones de otros órganos de las Naciones Unidas<sup>10</sup> y organismos especializados<sup>11</sup>, para documentar la existencia de un gran número de muertos y heridos, así como la destrucción masiva de viviendas, el desplazamiento forzoso de la gran mayoría de la población y grandes daños a la infraestructura civil. Dicha alusión a informaciones aportadas por otros organismos no hace sino demostrar la sinergia existente entre la labor de la CIJ y la de otros órganos de derechos humanos u organismos especializados de la ONU.

---

5 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Request for the indication of provisional measures. Conclusion of the public hearings held on Thursday 11 and Friday 12 January 2024.

6 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order, 26 January 2024, párr.86 (1).

7 *Ibidem*, párr. 86 (5).

8 *Ibidem*, párr. 86 (4).

9 *Ibidem*, párrs.33-34.

10 Comunicado de prensa de 16 de noviembre de 2023, emitido por 37 relatores especiales, expertos independientes y miembros de grupos de trabajo que forman parte de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el que expresan su alarma por la retórica claramente genocida y deshumanizadora procedente de altos funcionarios del gobierno israelí (<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-un-experts-call-international-community-prevent-genocide-against>, 16 November 2023, consultado por última vez el 15 de abril de 2024).

11 Así, por ejemplo, la información de la Organización Mundial de la Salud en relación con el conflicto: <https://www.who.int/es/emergencias/situations/conflict-in-Israel-and-oPt>, consultado por última vez el 15 de abril de 2024.

En tercer lugar, desmonta la alegación de Israel respecto de la inexistencia de una disputa relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención contra el Genocidio, afirmando que posee jurisdicción sobre el asunto<sup>12</sup>. Igualmente, y a la luz de las evidencias disponibles, considera que resulta “plausible” afirmar que Israel está cometiendo y/o incitando a la comisión de un genocidio contra el Pueblo Palestino<sup>13</sup>. La Corte no adelanta conclusiones, sino que simplemente realiza esa afirmación, puesto que de la misma se deriva la necesidad de adoptar medidas provisionales. Con todo, resulta muy cuidadosa en dicha aseveración, consciente de que es preciso realizar una constatación judicial que corresponde a un estadio ulterior del proceso.

De las 9 medidas solicitadas por Sudáfrica, vemos cómo la CIJ sólo concede parcialmente algunas de ellas, siendo en total 6 las que adopta<sup>14</sup>. Llama la atención que la CIJ no se haya pronunciado en relación con el cese de las operaciones militares por parte de Israel, tal y como pedía Sudáfrica<sup>15</sup>. Esta omisión parece ser intencionada, puesto que con ella se impide que Israel alegue la legítima defensa, tal y como sustenta reiteradamente. Con todo, resulta significativo el hecho de que la CIJ no dedique un párrafo a explicar dicha omisión<sup>16</sup>.

En cambio, los votos particulares disidentes, de los jueces Sebutinde y Barak, sí dedican tiempo a desgranar los principales aspectos relativos a dicha omisión. La jueza Sebutinde utiliza argumentos referentes a que se trata de una disputa que no es judicial sino política y a la inexistencia de demostración de la intención genocida, de modo que el concepto de “plausible” no se aplica al caso<sup>17</sup>. El juez Barak utiliza la omisión del cese del fuego en la adopción de medidas provisionales para reafirmar que dicha omisión reafirma el derecho de Israel a defenderse, limitando de modo significativo la petición de Sudáfrica<sup>18</sup>. Pese a que se pueda opinar que la CIJ está utilizando distintas varas de medir<sup>19</sup>, puesto que en la adopción de medidas provisionales en el caso de Ucrania contra Rusia sí hizo alusión al cese del fuego<sup>20</sup>, no podemos olvidar que en estas medidas provisionales sí se exige que Israel garantice con efecto inmediato que sus militares no cometan actos de genocidio<sup>21</sup>. Dicha exigencia repercute necesariamente en la no

---

12 *Ibid* n (6), párrs. 19-32.

13 *Ibid* n (6), párr. 36.

14 Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, Adoptado el 14 de abril de 1978, que entró en vigor el 1 de julio de 1978, Artículo 75: “2. Cuando se le haya presentado una demanda de indicación de medidas provisionales, la Corte podrá indicar medidas total o parcialmente distintas de las solicitadas o medidas que deban ser tomadas o cumplidas por la misma parte que haya formulado la demanda.”

15 *Ibid* n (6), párrs. 11 (1) y (2).

16 CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, “Sudáfrica vs Israel (ii). Las medidas cautelares: luces y una sombra”, *Contexto y Acción*, nº304, enero 2024, <https://ctxt.es/es/20240101/Firmas/45398/Javier-Chinchon-Alvarez-CIJ-Sudafrica-Israel-Palestina-Gaza-Genocidio.htm>, consultado por última vez el 15 de abril de 2024.

17 Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-02-en.pdf>

18 Separate Opinion of Judge ad hoc Barak, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-05-en.pdf>

19 *Ibid* n (16).

20 ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Request for the indication of Provisional Measures. Order of 16 March 2022.

21 *Ibid* n (6), párr. 86 (2).

utilización de actos que impliquen un uso de la fuerza contra el Pueblo Palestino, al tiempo que la petición de que no se obstaculice la asistencia humanitaria redundante en dicho efecto.

Quizás, donde encontramos mayor claridad es en la Declaración formulada por el juez Bhandari, cuando hace un llamamiento para que “todos los combates y hostilidades cesen de inmediato”, al tiempo que pide la liberación de todos los rehenes secuestrados durante el ataque de Hamás en Israel el 7 de octubre de 2023<sup>22</sup>. En definitiva, su llamamiento hace referencia al cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario por todas las partes involucradas en el conflicto<sup>23</sup>, cuestión nada baladí.

Es de destacar que las medidas provisionales son “de obligado cumplimiento”, aunque la CIJ no dispone de medios para hacerlas cumplir. Sin embargo, conforme al artículo 41.2 del Estatuto de la CIJ, “[m]ientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas”. Hecha dicha notificación, la cuestión de la implementación de estas medidas parece que ahora está sobre la mesa del Consejo de Seguridad. Dado el veto de los EEUU en el Consejo de Seguridad, la adopción de resolución alguna por parte de este órgano se manifiesta como improbable.

### III. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES: UNA PROFECÍA AUTOCUMPLIDA

Ante el incumplimiento de dichas medidas provisionales y el agravamiento de la situación humanitaria, Sudáfrica, el 12 de febrero de 2024, dirige una carta a la Corte Internacional de Justicia<sup>24</sup> exigiendo medidas adicionales a las del 26 de enero. En dicha carta, Sudáfrica expresa una gran preocupación, puesto que, tal y como el Estado de Israel había anunciado<sup>25</sup>, se estaba produciendo una ofensiva militar sin precedentes contra Rafah, que constituye el campo de refugiados situado más al sur de la Franja de Gaza. Desde la perspectiva de Sudáfrica, se estaban produciendo y se iban a producir matanzas, daños y destrucción a gran escala, que suponían una clara vulneración de la Convención sobre el Genocidio y de la orden de medidas provisionales de la CIJ<sup>26</sup>. Ante esta situación, Sudáfrica pide medidas provisionales

---

22 La traducción es propia. Véase: Declaration of Judge Bhandari, párr.11, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-03-en.pdf>

23 *Ibidem*, párr.4.

24 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)* urgent request for additional measures under article 75(1) of the rules of court of the International Court of Justice, 12 February 2024.

25 El 9 de febrero de 2024, la Oficina del Primer Ministro del Estado de Israel emitió el siguiente anuncio: “It is impossible to achieve the goal of the war of eliminating Hamas by leaving four Hamas battalions in Rafah. On the contrary, it is clear that intense activity in Rafah requires that civilians evacuate the areas of combat. Therefore, Prime Minister Benjamin Netanyahu has ordered the IDF and the security establishment to submit to the Cabinet a combined plan for evacuating the population and destroying the battalions.” (Israel Prime Minister’s Office, A message from the Prime Minister’s Office regarding an operation in Rafah (9 February 2024), <https://www.goy.Whe/departments/news/spoke-rafa1i090224> consultado por última vez el 15 de abril de 2024.

26 *Ibidem* (24), párr. 7.



adicionales, basándose en la constatación de dichas vulneraciones por parte de la ONU y de sus organismos especializados, y contando con el precedente del asunto LaGrand<sup>27</sup>. De hecho, menciona que, en este asunto, se tomó una decisión de oficio respecto de una serie de medidas provisionales urgentes, puesto que estaba en peligro la vida de una persona, mientras que en el caso que nos ocupa hay 1.4 millones de palestinos en peligro<sup>28</sup>.

Por su parte, Israel responde con una serie de observaciones el 15 de febrero del mismo año<sup>29</sup>. En primer lugar, considera que las alegaciones de Sudáfrica no están ni jurídica ni moralmente justificadas, y suponen un abuso de la Convención sobre el Genocidio y de la propia CIJ<sup>30</sup>. En segundo lugar, estima que las alegaciones de Sudáfrica para requerir medidas adicionales se basan en el art.75.1 del Reglamento de la CIJ, lo que constituye una base jurídica incorrecta, puesto que dicha disposición se refiere a decisiones de oficio de la Corte<sup>31</sup>. Igualmente, en su opinión, el precedente LaGrand no es aplicable al caso de Palestina, puesto que en el asunto mencionado no se habían adoptado medidas provisionales con anterioridad<sup>32</sup>. En definitiva, y a juicio de Israel, Sudáfrica pretende litigar de nuevo sin haberse producido hechos ni circunstancias diferentes<sup>33</sup>.

La CIJ tiene en cuenta los graves problemas humanitarios que han venido acrecentándose con el tiempo relativos no solo a la Franja de Gaza en general, sino a Rafah en particular. Ante la peligrosa situación en la zona, la Corte exige la aplicación inmediata y efectiva de las medidas provisionales que adoptó el 26 de enero, pero no considera necesario indicar medidas provisionales adicionales<sup>34</sup>. Simplemente, destaca que el Estado de Israel está obligado a cumplir sus obligaciones en virtud de la Convención sobre Genocidio, así como la orden de medidas provisionales, de cara a garantizar la seguridad de los palestinos en la Franja de Gaza. No consideramos que la Corte avale la posición de Israel, simplemente no considera acreditada la necesidad de emitir medidas provisionales complementarias, sino que insta, una vez más, a que se cumplan las inicialmente indicadas.

El 6 de marzo de 2024, Sudáfrica presentó de nuevo una solicitud urgente ante la Corte<sup>35</sup> para que se indicaran medidas provisionales adicionales y la modificación de la Orden de la Corte

---

27 ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. I Reports 1999, p. 9.

28 *Ibid* n (24), párr. 9.

29 Observations of the State of Israel on the Republic of South Africa's "urgent request for additional measures under article 75(1) of the rules of Court", dated 12 February 2024.

30 *Ibidem*, párr.2.

31 *Ibidem*, párrs. 6 y 7.

32 *Ibidem*, párr.14.

33 *Ibidem*, párrs. 8-11.

34 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Decision of the Court on South Africa's request for additional provisional measures, 16 February 2024.

35 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Urgent request and application for the indication of additional provisional measures and the modification of the Court's prior provisional measures decisions pursuant to article 41 of the Statute of the International Court of Justice and articles 75 and 76 of the rules of Court of the International Court of Justice, 6 March 2024.

de 26 de enero de 2024 y la decisión de 16 de febrero de 2024 ya mencionadas. En su nueva solicitud, Sudáfrica afirmó que se ve “obligada a regresar a la Corte a la luz de los nuevos hechos y cambios en la situación en Gaza –en particular la situación de hambruna generalizada– provocados por las continuas y flagrantes violaciones de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio... por el Estado de Israel... y sus continuas violaciones manifiestas a las medidas provisionales señaladas por este Tribunal el 26 de enero de 2024”. Solicitó a la Corte que indicara nuevas medidas provisionales y/o modificara las medidas provisionales indicadas en su Resolución de 26 de enero de 2024, “a fin de garantizar urgentemente la seguridad de 2,3 millones de palestinos en Gaza, incluidos más de un millón de niños”. Instó al Tribunal a hacerlo sin celebrar una audiencia, a la luz de la “extrema urgencia de la situación”.

El 28 de marzo de 2024, la Corte Internacional de Justicia emitió una modificación de su orden de medidas provisionales con relación a Gaza, ante la solicitud de medidas urgentes mencionada y la posibilidad de daños irreparables<sup>36</sup>. En la parte decisoria señaló –por catorce votos contra dos– que reafirmaba sus previas medidas provisionales, y que añadía las siguientes: por unanimidad indicó que el Estado de Israel, de conformidad con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y ante el empeoramiento de las condiciones de vida que enfrentan los palestinos en Gaza, en particular la propagación del hambre y la inanición, debe adoptar todas las medidas necesarias y eficaces para garantizar, sin demora, en plena cooperación con Naciones Unidas, el suministro sin trabas y a gran escala por parte de todos los interesados de los servicios básicos que se necesitan con urgencia (servicios y asistencia humanitaria, incluidos alimentos, agua, electricidad, combustible, alojamiento, ropa, necesidades de higiene y saneamiento), así como suministros médicos y atención médica a los palestinos en toda Gaza, incluso aumentando la capacidad y el número de puntos de cruce terrestres, y mantenerlos abiertos durante el tiempo que sea necesario. Y por quince votos contra uno, indicó que Israel debe garantizar con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan actos que constituyan una violación de cualquiera de los derechos de los palestinos en Gaza como grupo protegido bajo la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, incluso impidiendo, mediante cualquier acción, la entrega de asistencia humanitaria que se necesita con urgencia.

Somos conscientes de que la responsabilidad internacional del Estado israelí depurada a través de una sentencia de la CIJ se va a hacer esperar. Mientras tanto, esperamos que las medidas provisionales se cumplan, impidiendo daños irreparables en la población civil de la Franja de Gaza, ya en una situación límite.

---

36 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Request for the modification of the Order of 26 January 2024 indicating provisional measures, 28 March 2024.

# COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 2 DE FEBRERO DE 2024, EN EL ASUNTO DE LAS ALEGACIONES DE GENOCIDIO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO (*UCRANIA C. RUSIA: EXCEPCIONES PRELIMINARES*)

JAVIER LASO PÉREZ\*

## I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su fallo de 2 de febrero de 2024<sup>1</sup>, ha aceptado en parte las excepciones preliminares planteadas por Rusia y sólo mantiene su competencia respecto a una parte de la demanda, aquella dirigida a determinar la falsedad de una atribución de genocidio por parte de Rusia, donde declarará si existen pruebas creíbles de que Ucrania sea responsable de este crimen. La Corte deja fuera de la decisión sobre el fondo del asunto las pretensiones más ambiciosas, imaginativas y (hasta cierto punto) débiles de la solicitud de Ucrania, en las que consideraba contrario a la Convención sobre el Genocidio las acciones que Rusia había llevado a cabo bajo esas alegaciones: el uso de la fuerza y el reconocimiento como estados de las regiones de Donetsk y Luhansk<sup>2</sup>.

En el contexto de una creciente litigiosidad internacional con respecto a la Convención sobre el Genocidio, se considera que el presente fallo sería una derrota de Ucrania, en la medida en que la competencia de la CIJ se reduce al mínimo: la decisión sobre el fondo sólo se ocupará de declarar, de forma negativa, que no existen pruebas creíbles, de carácter convincente, en las que apoyar una alegación de genocidio por parte de Ucrania; en definitiva, que la demandante no ha incumplido la Convención, sin que la decisión sobre el fondo pueda declarar la ilegalidad de las actuaciones de Rusia y, sobre esa base, exigir la reparación de los daños desde el momento en que inició su agresión armada<sup>3</sup>.

---

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Salamanca ([jjlasop@usal.es](mailto:jjlasop@usal.es)).

1 Pueden consultarse los documentos relativos a esta decisión, en la página <https://www.icj-cij.org/case/182/preliminary-objections>

2 A. GARRIDO MUÑOZ señalaba la dificultad de pasar este filtro *REDI*, 75 (1), pp. 237-245.

3 M. MILANOVIC, “ICJ delivers preliminary objections judgement in the Ukraine v. Russia genocide case, Ukraine loses on the most important aspects”, *EJIL: Talk!* February 2, 2024, <https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-preliminary-objections-judgment-in-the-ukraine-v-russia-genocide-case-ukraine-loses-on-the-most-important-aspects/> De forma gráfica, se califica como un gol en propia meta (W. SCHABAS, “The damp squib of third party intervention in Ukraine v. Russia”, *EJIL: Talk!* February 5, 2024, <https://www.ejiltalk.org/the-damp-squib-of-third-party-intervention-in-ukraine-v-russia/>)

Con todo, las finalidades de los Estados al acudir a la jurisdicción internacional pueden ser diversas, principales o accesorias, sin que pueda desconocerse el impacto inmediato de las medidas provisionales o los efectos políticos, en apoyo del discurso o legitimidad de sus puntos de vista. Además, la decisión de la CIJ en este asunto presenta también ciertos aspectos que pueden contribuir a reforzar el respeto de los principios fundamentales del Derecho internacional, afectados de forma evidente por el desarrollo de la guerra en Ucrania.

Ucrania presentó una demanda ante la CIJ el 26 de febrero de 2022, dentro de las varias actividades de defensa jurídica que inició después de la agresión de Rusia, justificando la jurisdicción de la CIJ en la cláusula compromisoria del artículo IX de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

Al margen de las peticiones sobre el fondo, Ucrania también solicitó la adopción de medidas provisionales. En su providencia de 16 de marzo de 2022, la CIJ consideró que se cumplían las condiciones para adoptar estas medidas: el objeto de la demanda podía encuadrarse *prima facie*, al menos de forma aparente (con suficiente claridad), dentro del ámbito de aplicación de la Convención sobre Genocidio y, además, comprobó que los derechos que invocaba Ucrania eran plausibles (en la medida en que la buena fe impediría a Rusia invocar la Convención para justificar estas actuaciones) y, finalmente, concluyó que existía una necesidad urgente, debido al riesgo de sufrir un perjuicio grave sino se ordenaban. De esta forma, entre otras medidas provisionales pedía la suspensión de las operaciones militares por parte de Rusia, realizadas de forma directa o indirecta<sup>4</sup>. En la sentencia sobre las excepciones preliminares, constata, de forma lacónica y expresiva, que “el conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania continúa hasta el día de hoy” (para. 35).

En el desarrollo del procedimiento, Rusia presentó el 3 de octubre de 2022, seis excepciones preliminares, en las que argumentaba que (1) el tribunal carecía de jurisdicción ya que no existía controversia (2) el tribunal carecía de jurisdicción *ratione materiae*; (3) Ucrania presentó nuevas reclamaciones en su memoria que debían ser inadmisibles; (4) las pretensiones serían inadmisibles debido a que la Sentencia del Tribunal carecería de efectos; (5) la solicitud de no incumplimiento sería inadmisibles; (6) la demanda sería inadmisibles porque constituiría un abuso de procedimiento (para. 37).

El procedimiento de fondo sobre el asunto quedó en suspenso hasta la decisión sobre estas alegaciones. La trascendencia de este asunto y el interés que ha suscitado, tanto en los medios de comunicación como en la sociedad internacional, se refleja en que han intervenido, en virtud del art. 63 de su Estatuto, 32 Estados, el mayor número de Estados hasta el momento en la historia de la jurisdicción del tribunal (para. 18).

---

4 La CIJ respondió, por amplia mayoría, sobre la base de los requisitos más flexibles dirigidos a la concesión de medidas provisionales; ver, en cambio, las duras críticas de A. ORAKHELASHVILI (“Anything goes? The ICJ’s provisional measures order in Ukraine v Russia”, Birmingham Law School Research Blog, <https://blog.bham.ac.uk/lawresearch/2022/03/anything-goes-the-icjs-provisional-measures-order-in-ukraine-v-russia/>). En el contexto de Gaza, A. REMIRO BROTONS, “Perspectivas e implicaciones de la Orden de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Sudáfrica contra Israel”, <https://www.rea-institutoelcano.org/analisis/perspectivas-e-implicaciones-de-la-orden-de-la-corte-internacional-de-justicia-cij-en-el-caso-sudafrica-contra-israel>.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Como es habitual, la CIJ se ocupó de resolver sobre las excepciones preliminares en el orden que consideró más lógico y adecuado. En primer lugar, la Corte decidió responder a la primera excepción, en la que cuestionaba la existencia de una controversia en el momento de interponer la demanda (para. 46 y ss.): después de aplicar los criterios generales desarrollados en su jurisprudencia, llegó a la conclusión, sobre la base de las declaraciones de los representantes de Ucrania y Rusia (en muchos casos adoptadas en el ámbito multilateral), que existía una controversia “sobre si se habían cometido actos de genocidio imputables a Ucrania en la región de Donbás y sobre la legalidad de las acciones de la Federación de Rusia supuestamente emprendidas sobre la base de tal acusación” (para. 51).

En la argumentación del tribunal tuvo especial relevancia la decisión de separar dos aspectos, cuya naturaleza y características considera fundamentalmente diferentes, y que examina de forma separada: en el primer aspecto no se estaría invocando la responsabilidad internacional de Rusia sino una declaración de que Ucrania no ha cometido los hechos ilícitos (para. 54); el segundo aspecto, en cambio, imputaría hechos internacionalmente ilícitos a Rusia (aps. 55 y 56), y Ucrania se apoyaría en la ilegalidad de estas actuaciones para plantear pretensiones de reparación (para. 56). A pesar de que se ha criticado, en la medida en que el primer aspecto estaría vinculado estrechamente con el segundo, su examen separado encuentra apoyo en la forma en las que aparecen las peticiones de la demanda y la memoria.

En la Sentencia se examinan separadamente, en cada uno de estos dos aspectos, las excepciones preliminares planteadas por Rusia. Curiosamente, cuando la Corte examina en el primer aspecto de la controversia, dentro de la segunda excepción, relativa al ámbito material de la Convención, la CIJ observa que en el procedimiento oral Rusia declaró que la falta de competencia *ratione materiae* de la Corte sólo se refería a las alegaciones de Ucrania relativas al segundo aspecto de la controversia, por lo que “el Tribunal no ve razón alguna para cuestionar su competencia para conocer del primer aspecto de la controversia” (para. 58). Acepta, así, de forma bastante rápida que la demanda entra dentro del ámbito material de la Convención en la primera parte de la controversia.

Dentro de la primera vertiente, la CIJ prosigue sin dificultades y también rechaza la tercera excepción, que pedía la inadmisibilidad porque se habían modificado en la memoria las pretensiones de fondo inicialmente previstas en la demanda, considerando que sólo se habían clarificado y no introducido nuevas peticiones (tercera excepción (aps. 60-72)), algo que también reconoció cuando se pronuncia sobre la segunda parte del asunto (aps. 121-130). A continuación, el tribunal también rechaza la cuarta excepción, en la que se pedía la inadmisibilidad por una falta de efecto práctico de una eventual decisión sobre el fondo porque no afectaría a los derechos o intereses de las partes. La CIJ no está obligada a ejercer su jurisdicción, aunque sea competente, si su sentencia sobre el fondo no tiene ninguna consecuencia práctica (para. 77). Sin embargo, de forma coherente con las alegaciones de Ucrania, el tribunal considera que sí tendrá efectos, en la medida que permitirá aclarar una situación fáctica y jurídica, de forma que no pudiera volver a ser cuestionada (aps. 79-80). Finalmente, rechaza la última excepción, relativa a un abuso de procedimiento, sin que considerase relevante para romper la igualdad de las partes el histórico número de Estados intervinientes que apoyaron a Ucrania (para. 110 y ss.).

El objeto fundamental del debate, dentro de la primera parte del asunto, estuvo referido a la quinta excepción (al margen del resto de elementos, que se pueden calificar en general de aspectos procesales): y no tenía que ver con el alcance material de la Convención sino con la posibilidad de pronunciarse sobre una declaración de no infracción, una sentencia declarativa de conformidad o cumplimiento, denominada por Rusia de cumplimiento inverso, utilizando el término aplicado en el ámbito de la OMC (para. 81 y ss.).

Es aquí donde la decisión de tribunal alcanza su componente más creativo, vinculando su decisión con las circunstancias excepcionales del asunto; y, en cierta manera, también limitando la admisibilidad de argumentos similares en situaciones diversas. La CIJ después de un examen detenido del alcance de la cláusula compromisoria (Art. IX de la Convención), llega a la conclusión de que no excluye una solicitud de declaración de incumplimiento; pero esto sólo abre la vía para el acceso a la jurisdicción, puesto que el tribunal entiende que el interés para recurrir sólo se justifica en las circunstancias excepcionales existentes en este asunto, y apoya esta argumentación en la función que le corresponde, como órgano principal de Naciones Unidas, de contribuir a alcanzar su objetivo fundamental, dirigido a garantizar la paz y seguridad internacionales (aps. 107-108).

Dando el salto a la segunda parte de la controversia, en este caso, la parte fundamental del fallo se ocupa de determinar si es posible situar la demanda ámbito material de la Convención sobre Genocidio (segunda excepción, sobre la competencia *ratione materiae*). En este punto, a diferencia del tratamiento que hizo en la providencia sobre las medidas provisionales, la Corte rechaza que la buena fe pueda servir para atraer comportamientos ajenos a la convención a su ámbito de aplicación.

Ucrania alegaba que el tribunal podría apreciar una violación de este acuerdo al invocar de mala fe la Convención sobre el Genocidio como pretexto para justificar abusivamente el uso de la fuerza y el reconocimiento como estados de ciertas regiones. En su decisión el tribunal rechaza la posibilidad de que el principio de buena fe pudiera crear obligaciones nuevas, no previstas inicialmente dentro de la Convención sobre el Genocidio.

En definitiva, considera que no cabría, dentro de la Convención sobre el Genocidio de forma expresa o implícita, incluir comportamientos como los que alega Ucrania por parte de Rusia dentro de su ámbito material, sin que su jurisdicción pueda ir más allá de lo que resulta cubierto por la Convención (aps. 142 y ss.). De esta forma, estas actuaciones permanecerían ajenas y situadas fuera del perímetro de la Convención, al margen de que de mala fe Rusia hubiera invocado la Convención para tratar de justificarlas. La virtualidad del principio de buena fe se reduciría, a precisar al alcance de obligaciones ya existentes, sin que el mismo fuera origen de nuevas obligaciones.

En su razonamiento señala que una invocación abusiva, de mala fe, de la Convención sobre el Genocidio no supondría una violación de sus obligaciones, sino eventualmente de aquellas normas ajenas a la Convención relativas al uso de la fuerza o al reconocimiento de Estado, que permanecerían fuera de su ámbito de aplicación (para. 143). Se separa así de su argumentación en la orden sobre las medidas provisionales, donde se apoyaba, siguiendo las alegaciones de Ucrania, en una interpretación sistemática de la Convención, viendo las alternativas que existían en este Convenio cuando un Estado trataba de prevenir la comisión de un genocidio (acudir a la CIJ o a otros órganos de Naciones Unidas).

Finalmente, de igual forma que en otros asuntos en los que está presente el uso de la fuerza, la Corte declaró que la falta de jurisdicción no implica que los Estados no estén obligados al cumplimiento de estas normas, y sigan siendo responsables de los actos contrarios al derecho internacional (para. 150).

Aunque las decisiones sobre los aspectos fundamentales se adoptaron por una amplia mayoría, p. ej., sobre la excepción segunda, (12 contra cuatro), y las que se ocuparon de aspectos procedimentales, práctica unanimidad (primera excepción, rechazada por 15 votos contra uno, el Vicepresidente Gervorgian); las opiniones disidentes y separadas, permiten apreciar las alternativas a la decisión de la CIJ. Por un lado, podría haber seguido un razonamiento más flexible, en línea con la argumentación de Ucrania, por ej., la opinión disidente de la Presidenta de la CIJ, J. E. Donoghue, quien critica la decisión de separar las dos vertientes y entiende que la Corte debería haber admitido ambos aspectos; mientras que también votó en contra de aceptar la segunda excepción planteada por Rusia la Jueza C. Charlesworth, destacando que la interpretación de la Convención sobre el Genocidio prohibía las conductas que Rusia había llevado a cabo. Esta decisión no resultaba, como pone de relieve significativamente que el propio Juez *ad hoc* propuesto por Ucrania, Y. Daudet, votó a favor de la excepción relativa al ámbito de aplicación material en la segunda parte de la controversia.

En un sentido contrario, podría haber aceptado completamente las excepciones y no examinar ninguno de los aspectos de la controversia, como defendía en su declaración el juez M. Bennouna. Por otra parte, la opinión parcialmente disidente del J. R. Abraham señala ciertas inconsistencias en el razonamiento (implícito) del tribunal, en la medida en que parece aceptar que la situación excepcional en Ucrania es causa de las alegaciones, cuando de forma más lógica, sólo en parte podría entenderse que es el fundamento de la agresión. Por su parte, la opinión separada del Juez Iwasawa defiende que la jurisdicción de la Corte no debería hacerse depender de la existencia de aspectos extraordinarios.

Desde el punto de vista de la continuación del procedimiento, podría ser dudoso a quien le corresponde la carga de la prueba, puesto que, si en principio correspondería al demandante (al respecto, la opinión parcialmente disidente del J. R. Abraham), en las circunstancias que conlleva una declaración negativa, no podría descartarse que, en interés de un buen ejercicio de la función del tribunal, Rusia debería también aportar los indicios que le llevaron a llevar a cabo las alegaciones sobre el supuesto genocidio cometido por Ucrania.

Por otra parte, sería posible considerar que las medidas provisionales adoptadas por la CIJ han dejado de ser obligatorias, en la medida en que pretenden proteger los derechos, inicialmente reconocidos como plausibles, sobre los cuales ahora el tribunal no va a pronunciarse, si bien nada impediría a la CIJ reconocer que se incumplieron las que había ordenado de forma vinculante<sup>5</sup>.

---

5 No obstante, se invoca motivos para considerar que siguen siendo vinculantes, vid., <https://www.ejiltalk.org/still-valid-provisional-measures-in-ukraine-v-russia-allegations-of-genocide/>

### III. CONSIDERACIONES FINALES

El estándar para aceptar su competencia y la admisibilidad en el momento en el que se pronuncia sobre las medidas provisionales (evitando demandas abusivas), se limita a un examen, *prima facie*, razonable, de su jurisdicción. En cambio, en el momento de resolver sobre las excepciones preliminares, el tribunal tiene que llegar a un difícil equilibrio entre una interpretación que no debe ser ni restrictiva ni amplia, debido a la necesidad de respetar la voluntariedad de la jurisdicción internacional y resolver la cuestión que se le presenta.

La sentencia sobre el fondo declarará probablemente, con fuerza juzgada, la falsedad de la imputación de genocidio (declaración de no infracción). En todo caso, resulta evidente que el fallo no se pronunciará sobre la responsabilidad de Rusia y no tendrá cabida la petición de reparaciones. Con todo, la jurisdicción declarativa de la CIJ en el marco de una controversia de esta naturaleza puede ser relevante para desincentivar abusos en la invocación de argumentos dirigidos a intentar justificar el uso unilateral de la fuerza; en cierta forma, es una interesante aportación de la CIJ para reforzar la eficacia de este principio básico, incluso en un asunto en el que no es competente para pronunciarse sobre la infracción de la obligación que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza. En definitiva, cumple con la propia responsabilidad de la Corte como un órgano principal de la Carta, a la que alude tanto en este asunto y en la decisión sobre medidas provisionales.



# UN CAPÍTULO QUE SE CIERRA EN LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL DE UCRANIA: LA SENTENCIA DE LA CIJ, DE 31 DE ENERO DE 2024, SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y LA CONVENCION PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (UCRANIA C. RUSIA)

MARÍA GARCÍA CASAS\*

## I. HECHOS

En enero de 2017, Ucrania interpuso una demanda contra la Federación Rusa ante la Corte Internacional de Justicia por la vulneración de varios preceptos de la Convención internacional para la represión del terrorismo – por, entre otros motivos, financiar, proporcionar armas y entrenamiento a grupos armados que desarrollan actos de terrorismo en Ucrania y por su consiguiente responsabilidad en los actos cometidos por esos grupos – y de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial – entre otras, por discriminar de forma sistemática a los tártaros de Crimea y por prohibir el Congreso del pueblo tártaro de Crimea, *Mejlis*. Pocos meses después, en abril de 2017, la Corte ordenó como medidas provisionales que la Federación Rusa se abstuviera de mantener o imponer limitaciones a la capacidad de la comunidad tártara de Crimea de conservar sus instituciones representativas, como el *Mejlis*, asegurar la disponibilidad de ser educado en lengua ucraniana e impuso a ambas partes que se abstuvieran de cualquier acción que pudiera agravar o aumentar la disputa ante la CIJ o que la hiciera más difícil de resolver. De acuerdo con Ucrania, la Federación Rusa incumplió las medidas provisionales ordenadas por la CIJ al reconocer la independencia y soberanía de las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk y retomar su agresión contra Ucrania, entre otros motivos, haciendo más difícil de resolver la disputa existente.

El 31 de enero de 2024, la CIJ emitió sentencia sobre el fondo, desestimando casi todos los motivos de la demanda de Ucrania, en medio de una discusión entre los jueces acerca de la naturaleza y alcance de las medidas provisionales que puede dictar la Corte.

---

\* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid, [maria.garciac@uam.es](mailto:maria.garciac@uam.es) Comentario realizado al amparo del Proyecto de investigación titulado “Hacia una Corte Internacional de Justicia del siglo XXI” (PID2022-141166NB-I00).

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Antes de iniciar la valoración de los argumentos centrales de la demanda, la Corte se pronuncia sobre un aspecto preliminar invocado por la Federación Rusa con respecto a las dos normas convencionales supuestamente vulneradas, la doctrina de las manos limpias. De acuerdo con el argumento de la Federación Rusa, la Corte debería inadmitir los motivos de la demanda por tener Ucrania “las manos sucias”, es decir, por haberse involucrado también en prácticas contrarias a esas dos normas convencionales. A propósito de este argumento, la Corte recuerda que esa doctrina – conocida como la doctrina de las manos limpias – no ha sido nunca reconocida ni como principio de derecho internacional consuetudinario, ni como principio general del Derecho. Además, la Corte ha rechazado su invocación tanto como objeción a la admisibilidad de una demanda, como causa de desestimación cuando ésta sea admisible y se haya establecido la jurisdicción de la Corte.

Con respecto a los motivos de la demanda, las vulneraciones de las dos normas convencionales referidas, la Corte únicamente estima únicamente dos. El primero es la vulneración de la obligación de llevar a cabo una investigación en profundidad de las supuestas actividades de financiación del terrorismo, dispuesta por el artículo 9.1 de la Convención Internacional para la Prevención de la Financiación del Terrorismo. La Corte recuerda que esa norma obliga a los Estados parte a desarrollar una investigación en profundidad cuando hayan recibido información suficiente relativa a la financiación del terrorismo por parte de un individuo presente en su territorio. Considera que Rusia recibió información lo suficientemente detallada sobre individuos sospechosos de financiar el terrorismo, sus cuentas y los bienes adquiridos a través de ellas, dando lugar a esa obligación de investigar, con la que no cumplió por haberse demorado un año desde que recibió la información hasta que inició la investigación y por no solicitar colaboración a Ucrania para lograr determinar el paradero de los sospechosos (para. 110). El segundo motivo estimado en la sentencia es la vulneración de no incurrir en políticas de discriminación racial (artículo 2.1.a) de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial). La Corte estima que Rusia no ha logrado explicar de forma convincente por qué, tras el año 2014, se ha producido en Crimea un declive tan pronunciado del número de alumnos que cursan su educación en lengua ucraniana, algo que no ha sucedido con el resto de las lenguas y siendo la Federación Rusa la que controla por completo el acceso al sistema público de educación y el idioma en el que se imparte. Si bien las pruebas presentadas no son suficientes para concluir que los padres han sido sometidos a acoso o a conductas manipuladoras, la Corte sí cree que Rusia no ha demostrado que esté cumpliendo con su deber de proteger los derechos de los ucranianos étnicos de sufrir efectos adversos por su origen étnico, teniendo en cuenta la reorientación del sistema educativo en Crimea a partir de esa fecha (para. 363).

Por el contrario, desestima las alegaciones de vulneración de otros artículos de la Convención para la Prevención de la Financiación del Terrorismo por considerar que esa norma convencional no prohíbe la provisión de armas, el entrenamiento o la prevención de los actos de terrorismo en sí mismos; conductas que, según Ucrania, ha cometido la Federación Rusa. Tampoco considera que Rusia incumpliera la obligación de congelar los activos que fueran a emplearse en actividades terroristas por no haberse señalado ningún fondo o cuenta específica que hubiera debido congelarse (para. 93). De igual modo, entiende la Corte que no se produjo ninguna vulneración de la obligación de colaborar con las investigaciones o procedimientos penales

iniciados por otro Estado cuyo objeto sea la financiación del terrorismo, porque las solicitudes de asistencia por parte de Ucrania a Rusia no fueron lo suficientemente detalladas (para. 130). Tampoco entiende vulnerada la obligación de cooperar en la prevención de la financiación del terrorismo por todos los medios necesarios, pues la pretendida designación de las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk como grupos terroristas y extremistas, bajo la legislación doméstica, no es una medida preventiva obligada por la Convención (para. 145).

Por lo que respecta al otro tratado internacional invocado, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Corte también desestima el resto de motivos de la demanda. En primer lugar, por no considerar suficientemente probado que los efectos adversos que sufriera la población tártara de Crimea tras el año 2014 se debiera a su origen étnico y no pudiera explicarse por su oposición política a la conducta de la Federación Rusa en Crimea (para. 217). Tampoco observa pruebas suficientes de que se hubieran producido actos discriminatorios por razón de la raza que Rusia no investigara de forma efectiva (para. 220), ni de que las medidas coercitivas empleadas por el Estado ruso para el cumplimiento de la ley hayan sido especialmente adversas para los tártaros (para. 241). Ni siquiera entiende la Corte que las medidas tomadas contra el Mejlis, e incluso su prohibición, constituyan un acto de discriminación racial, por no haberse demostrado suficientemente que esos actos excluyentes estaban basados en el origen étnico de los tártaros y que se dirigieran a impedir el disfrute del derecho de ese grupo étnico a contar con una institución que les represente. De nuevo, insiste la Corte, detrás de esas prohibiciones podrían encontrarse motivos políticos y no de discriminación racial (para. 271).

Tras la sola estimación de algunos de los motivos de la demanda, no muy relevantes en el planteamiento de la posición de Ucrania, la Corte analiza el último motivo de la demanda ucraniana, dando lugar a una amplia discusión entre los jueces. Se trata del incumplimiento por parte de Rusia de la orden de medidas provisionales dictada en abril de 2017. Entonces la Corte ordenó tres medidas provisionales, una relacionada con cada norma convencional invocada en la demanda y una genérica, de no agravar la disputa existente. El gobierno ucraniano entiende incumplidas todas. Considera que Rusia no ha asegurado en Crimea la posibilidad de recibir educación en lengua ucraniana y no ha levantado la prohibición del Mejlis y ha agravado la disputa entre ambos Estados. Concretamente, Ucrania alega que Rusia ha agravado la disputa en torno al incumplimiento de la Convención para la Prevención de la Financiación del Terrorismo al reconocer las repúblicas populares de Donetsk y Lugansk y al invadir Ucrania en el año 2022 y ha agravado la disputa en torno a la vulneración de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial a través de declaraciones, incluidas algunas más recientes del presidente Putin, que han incitado a la discriminación racial y han propagado estereotipos racistas sobre el pueblo ucraniano. Esta última razón enlaza con la litigación estratégica que ha desarrollado Ucrania desde el inicio del conflicto ante los tribunales internacionales.

Con respecto de las dos medidas provisionales específicas, la opinión mayoritaria entiende que no haber suspendido ni levantado la prohibición del Mejlis constituye una vulneración de la Orden<sup>1</sup>, mientras que no puede decirse lo mismo de la medida de permitir la educación en

---

1 Para Tomka, Brant y el juez ad hoc Tuzmukhamedov no tiene sentido afirmar que Rusia ha vulnerado la Orden de 2017, por lo que al levantamiento de la prohibición del Mejlis se refiere, en tanto que la sentencia

ucraniano en Crimea, en tanto que la Orden obligaba a mantener disponible la educación en esa lengua y hay pruebas de que algunas familias tuvieron acceso a esta, aunque la tendencia a escolarizarse en ella sea decreciente<sup>2</sup>. Con respecto de la medida general de no agravar la disputa, la sentencia concluye considerando que el reconocimiento por parte de la Federación rusa de las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk y la invasión del año 2022 impiden la confianza mutua y la cooperación, dificultando la resolución de las disputas. A propósito de este pronunciamiento se produce una interesante discusión en las doce opiniones separadas y declaraciones de los jueces, comentando casi todas ellas la pertinencia o no de declarar vulneradas las obligaciones impuestas por la Orden de medidas provisionales de 2017.

Las opiniones de las juezas Donoghue, Charlesworth y Sebutinde apoyan el argumento de que la operación militar del 2022 agrava la disputa existente entre ambos Estados y es incompatible con la obligación de emplear medios pacíficos para la resolución de controversias y, añade la última, dificulta concretamente la disputa, al reducir la capacidad de Ucrania de preparar su caso ante la Corte, así como la posibilidad de recabar pruebas en un territorio desde entonces bajo el control ruso. Por el contrario, el juez Abraham no percibe ninguna conexión entre los hechos del año 2022 y las disputas concretas en torno a las obligaciones convencionales que se plantearon en este asunto. Bennouna y Yusuf se centran en la naturaleza de este tipo de medidas provisionales. Para Bennouna, las medidas de no agravamiento son simplemente recomendaciones en términos generales a las partes de que respeten el Derecho internacional y, en opinión de Yusuf y el juez ad hoc Tuzmukhamedov, son medidas subordinadas a las medidas provisionales sustantivas, por lo que no pueden constituir obligaciones distintas susceptibles de vulneración aunque no se declare la vulneración de las sustantivas; además, consideran que la Corte no ofrece pruebas suficientes de cómo la conducta de Rusia ha hecho más difícil la solución de esta disputa concreta.

### III. CONCLUSIONES

Los hechos del 2022 no son cualquier vulneración de derecho internacional cuya relación de causalidad con el agravamiento de la disputa existente deba ser suficientemente probada. El uso de la fuerza armada agrava, necesariamente, cualquier disputa y a eso debe el carácter imperativo de su prohibición. Además, los motivos de la demanda tienen un contexto determinado, el resultante tras el inicio del conflicto del año 2014, directamente relacionado con el estatus jurídico en los territorios reconocidos como Estados por Rusia en 2022 y con la operación militar iniciada ese año. Por lo tanto, no hay que hacer una interpretación demasiado creativa de la norma para observar el incumplimiento de las medidas de no agravar el conflicto

---

de fondo no entiende que dicha prohibición pueda constituir discriminación racial. Recuerdan en sus declaraciones que las medidas provisionales tienen como objetivo preservar los derechos de las partes y, en este caso, no hay derecho vulnerado.

2 De acuerdo con el juez Pocar, esta apreciación de la Corte es equivocada, puesto que un Estado no puede zafarse de su obligación de proporcionar acceso a la educación en una determinada lengua reduciendo de forma intencionada la demanda a través del desplazamiento o la intimidación, como considera suficientemente probado por Ucrania a través de los informes del Secretario General de Naciones Unidas y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

ordenadas por la CIJ en 2017. En todo caso, se trata de una discusión con fines meramente teóricos y doctrinales, pues de nuevo, la Corte sólo puede condenar la actuación de la Federación Rusa, manteniéndose dentro de los límites de su competencia, sin estimar los argumentos que considera jurídicamente insostenibles. Con este pronunciamiento se cierra otra puerta en la estrategia de Ucrania de “ganar la guerra” ante los tribunales internacionales.



# DE TORTURAS Y ESTRATEGIAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (ORDENANZA DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO *CANADÁ Y PAÍSES BAJOS* *C. LA REPÚBLICA ÁRABE SIRIA, 2023*).

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ\*

## I. HECHOS

El 16 de noviembre de 2023 la Corte Internacional de Justicia (CIJ) adoptaba su Ordenanza de Medidas Provisionales en el asunto relativo a la controversia respecto de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (la Convención)<sup>1</sup>, en el marco del procedimiento incoado conjuntamente por Canadá y Países Bajos contra la República Árabe Siria mediante la demanda presentada el 8 de junio de 2023, y a resultas de la presentada para la indicación de estas medidas, en igual fecha<sup>2</sup>.

Las graves violaciones de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos cometidas desde 2011 en la República Árabe de Siria han sido (y siguen siendo) objeto de diferentes desarrollos político-institucionales respaldados y promovidos por los demandantes, con especial protagonismo del Estado holandés<sup>3</sup>. Ante la ineficacia de dichos desarrollos en el logro de sus objetivos o, directamente, su frustración<sup>4</sup>, Países Bajos y Canadá, por separado, primero, y luego, conjuntamente, deciden invocar la responsabilidad internacional del Estado sirio respecto de esta Convención, solicitando el cese de sus violacio-

---

\* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia ([eva-rubio@um.es](mailto:eva-rubio@um.es)). Comentario realizado al amparo del Proyecto de investigación titulado “Hacia una Corte Internacional de Justicia del siglo XXI” (PID2022-141166NB-I00).

1 Su texto se encuentra disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20231116-ord-01-00-en.pdf>. La última consulta de la totalidad de enlaces incorporados a este trabajo se produjo el 15 de abril de 2024.

2 Disponibles a través de: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/>. Su primera actuación en tándem ante la CIJ fue en su intervención conjunta en el asunto Ucrania c. la Federación de Rusia.

3 Demanda sobre el fondo, paras. 14-15.

4 Los resultados de la labor de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Siria (Doc. [A/HRC/RES/S-17/1](#), de 23 de agosto de 2011, el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Siria (Doc. [A/RES/71/248](#), de 21 de diciembre de 2016), o la Institución Independiente sobre las Personas Desaparecidas en la República Árabe Siria (Doc. [A/RES/77/301](#), de 29 de junio de 2023) carecen de carácter vinculante. A su vez, la remisión de la situación a la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad (Doc. [S/2014/348](#), de 22 de mayo) fue vetada por China y la Federación de Rusia. Sobre la posición holandesa, puede verse S. van Den Berg y J. Anderson, “Why the Dutch are threatening to take Syria to Court”, *JusticeInfo.Net*, de 22 de septiembre de 2020, <https://www.justiceinfo.net/en/45453-why-the-dutch-are-threatening-to-take-syria-to-court.html>.

nes y la plena reparación a las víctimas de estas, e iniciando la exploración de lo recogido en su cláusula de arreglo pacífico de las controversias (art. 30)<sup>5</sup>, con el beneplácito sucesivo del Consejo de Derechos Humanos<sup>6</sup>.

Frente a ello, la posición de Siria ha transitado entre la cooperación, la acusación y la obstaculización, en lo que podría ser una maniobra para ganar tiempo y modificar su Derecho interno, reduciendo el alcance de su posible responsabilidad internacional<sup>7</sup>. Así, habiendo sido postpuesta la audiencia oral del incidente de medidas provisionales, a petición siria y con oposición de los demandantes (para. 9), esta tuvo lugar la mañana del 10 de octubre de 2023 *in absentia* del Estado árabe, quien haría llegar a la Corte sus Observaciones escritas<sup>8</sup> en la franja horaria destinada a su primera intervención oral<sup>9</sup> y nombraría a sus agentes tres días después (paras. 14-15)<sup>10</sup>.

Como telón de fondo cabe señalar el ambiente de creciente finalización del aislamiento diplomático regional del régimen político de Bashar Al-Assad<sup>11</sup>, y depuración de las responsabilidades penales individuales en las jurisdicciones nacionales por mor de los títulos habilitadores del ejercicio extraterritorial de la soberanía<sup>12</sup>.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La CIJ, tras reiterar su posición sobre la incomparecencia de una parte (esto es, la necesidad de cumplir su función, sin que esta situación afecte la validez de sus decisiones) y sobre la toma en consideración de escritos presentados fuera de lo contemplado por su Reglamento (paras. 16-19)<sup>13</sup>,

---

5 Véase Demanda (sobre el fondo), para. 13, donde se recoge la información sobre sus Notas Verbales remitidas diplomáticamente el 18 de septiembre de 2020 y el 3 de marzo de 2021, así como la Declaración conjunta, de 12 de marzo de 2021.

6 Véanse las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 50/19, de 8 de julio de 2022, para. 13, 52/30, de 4 de abril de 2023, para. 3, y 53/18, de 13 de julio de 2023, para. 14, en este caso, con mención específica al procedimiento judicial iniciado ante la Corte.

7 Véase Al-Omari, M., “Grasping ‘the Devil’ in the Details of the Syrian Government’s Response to Anti-Torture Prohibitions”, *The Cambridge Journal of Law, Politics, and Art*, de 9 de octubre de 2023, en: <https://www.cjlpa.org/post/grasping-the-devil-in-the-details-of-the-syrian-government-s-response-to-anti-torture-prohibitions>.

8 Disponibles en: <https://icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20231010-wri-01-00-en.pdf>.

9 Véase ICJ, *Press Release* núm. 2023/41, de 15 de julio de 2023.

10 Otro ejemplo de esta táctica puede verse en la Ordenanza de 1 de febrero de 2024, sobre la fijación de plazos (en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20240202-ord-01-00-en.pdf>).

11 La cual cuenta entre sus ejemplos más significativos el levantamiento de la suspensión de su membresía en la Liga de Estados Árabes el 7 de mayo de 2023 (Véase A. Lewis y S. El Safty, “Arab League readmits Syria as relations with Assad normalise”, *Reuters*, de 8 de mayo de 2023, en: <https://www.reuters.com/world/middle-east/arab-league-set-readmit-syria-relations-with-assad-normalise-2023-05-07/>).

12 Por ejemplo, estos procesos se están llevando a cabo en Alemania (entre ellos, los primeros a nivel mundial por torturas), en Francia (a destacar las recientes órdenes de arresto del presidente Assad, su hermano Maher Assad, Ghassan Abbas y Bassam al-Hassan), Países Bajos, Suecia y Suiza.

13 No haría referencia directa al art. 53 de su Estatuto, como ha sido su costumbre con alguna excepción, como la Sentencia en el asunto *sobre el laudo arbitral de 3 de octubre de 1899 (Guyana c. Venezuela)*. *Jurisdicción de la Corte*, de 18 de noviembre de 2020, paras. 27-28.



procedió a verificar su jurisdicción *prima facie* de acuerdo con los umbrales flexibles predicados del art. 41.1 de su Estatuto.

Para determinar la existencia de una controversia, confirmada su jurisprudencia, incluida la relativa a la posible toma en consideración de lo acaecido en los foros multilaterales (paras. 24-25 y 30), la Corte estimaría suficiente el intercambio a nivel bilateral de declaraciones y documentos, el rechazo *in toto* de Siria a la formulación de sus alegadas violaciones en las Declaraciones de Hechos y de Derecho efectuadas por los demandantes (2021) y sus reiteradas afirmaciones de respeto de la Convención (para. 31).

A su vez, la CIJ consideró susceptibles de estar comprendidos en el alcance material de la Convención todos los actos y omisiones alegados por las partes demandantes, incluidos los relativos a la violencia sexual y por razón de sexo (para. 32), produciéndose así, por primera vez y sin disensiones aparentes, la asunción de la llamada feminización del concepto de tortura<sup>14</sup> y, por tanto, un avance en su “juzgar con perspectiva de género”. Nótese que, más centrado en otras cuestiones, esta subsunción no fue rebatida por el Estado sirio, a pesar de haber formulado la reserva prevista a la cláusula compromisoria (art. 29) de la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (1979), idéntica en su redacción a la del art. 30 de la Convención en liza<sup>15</sup>.

Respecto a la verificación *prima facie* de los requisitos procedimentales para afirmar su jurisdicción (paras. 34-35), la CIJ consideró que las negociaciones, materializadas en sesenta y seis notas diplomáticas y dos reuniones presenciales celebradas el 5-6 de octubre de 2022, no habían logrado un progreso sustantivo, rechazando, por tanto, la constante alegación siria sobre su carácter procedimental, con excepción de una de las reuniones, y sobre la evidencia de su disposición a seguir la negociación de fondo (paras. 36, 38, 40-41). Si sería acogida por el vicepresidente Gevorgian, al apreciar la inexistencia de un “intento genuino” de arreglo y la artificiosidad en el respeto del art. 30 de la Convención por las partes demandantes en aras de la litigación ante la CIJ<sup>16</sup>. En cuanto al arbitraje, la respuesta dada por Siria a la nota diplomática de los demandantes sobre los elementos fundacionales del compromiso arbitral, de 7 de noviembre de 2022, no impidió que la CIJ estimase alcanzado el requisito al haber transcurrido los seis meses (paras. 37, 39, 43).

La CIJ tampoco acogería la alegación de que no puede haber exploración del art. 30 de la Convención si es imposible que tenga lugar la investigación (art. 20) y la comunicación interestatal (art.21) ante el Comité contra la Tortura por haberse formulado la reserva prevista y

---

14 Véase EDWARDS, A., “The ‘Feminizing’ of Torture under International Human Rights Law”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006-2, pp. 349-391. <https://doi.org/10.1017/S0922156506003359>

15 El texto de ambos artículos procede de propuestas francesas, donde se señalaba su identidad con las incluidas en otros tratados carentes de mecanismos convencionales de supervisión (Véanse Doc. A/C.3/34/WG.1/CRP.2/Add.3, de 2 de noviembre de 1979, y Doc. E/CN.4/1984/72, de 9 de marzo de 1984, para. 62). Las respectivas adhesiones sirias son de 28 de marzo de 2003 y de 19 de agosto de 2004.

16 Véanse Observaciones escritas, paras. 29-35, y Opinión disidente a la totalidad, en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20231116-ord-01-01-en.pdf>. Casualmente, ante su no reelección, Siria lo ha nombrado juez *ad hoc*. Canadá y Países Bajos han nombrado como tal a Silvia A. Fernández de Gurmendi, antigua jueza de la Corte Penal Internacional (Véase <https://www.icj-cij.org/current-judges-ad-hoc>).

no haberse emitido la declaración adicional, respectivamente, tal y como ocurría en este caso (paras. 45-46)<sup>17</sup>. Entendimiento de vinculación que pudo estar en el origen de que el Estado árabe no formulara reserva en su momento a dicho art. 30.

Respecto del *ius standi*, esta Ordenanza no ha supuesto variación alguna respecto a lo afirmado por la CIJ en la Sentencia sobre el asunto sobre las *cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* (2012) sobre el interés común de los Estados Partes en la protección de los derechos concernidos y en el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes partes* (paras. 50-51). Tampoco variaría en su posición la jueza Xue, quien volvería a destacar el efecto negativo que esta denominada *actio popularis* tendrá en la aceptación de la jurisdicción de la CIJ y la indefectible enmienda del Estatuto y Reglamento de la CIJ para su reconocimiento<sup>18</sup>. Nótese que, en la Ordenanza, la única referencia al carácter imperativo de la prohibición de la tortura se halla en la reproducción del *petitum* de la parte demandante (para. 2)<sup>19</sup>.

Siguiendo su jurisprudencia al respecto, la CIJ afirmaría la interrelación entre la protección brindada a la persona, las obligaciones *erga omnes partes* derivadas de los arts. 2, 7, 10-13 y 15-16 de la Convención, y el derecho de Canadá y Países Bajos a buscar su cumplimiento (plausibilidad) (paras. 52-58), así como el vínculo entre los derechos reclamados y algunas, sin concreción, de las medidas provisionales solicitadas (paras. 59-63). A su vez, conforme a los informes de la Comisión de Investigación y la resolución de la Asamblea General más próxima a la demanda, entendería presentes el riesgo de perjuicio irreparable y la urgencia, rechazándose la contraargumentación de exageración del relato y falta de prueba (paras. 64-75). Sí habría cierto acogimiento de la posición siria<sup>20</sup> en el origen de la reformulación de las medidas provisionales en dos genéricas (adopción de todas las medidas en su poder para prevenir la comisión de torturas y de medidas efectivas para evitar la destrucción y asegurar la preservación de cualquier prueba relacionada con las alegaciones que caigan dentro del alcance de la Convención).

En una suerte de mensaje a quienes hacen de la incomparecencia y la respuesta escrita parte de su estrategia, la CIJ guardó silencio sobre la petición de aplicación de la doctrina de las manos limpias a Canadá y Países Bajos, por su apoyo a grupos armados en Siria responsables de actos de tortura, y de adopción de medidas provisionales al respecto, con una dirigida a los Países Bajos, exclusivamente<sup>21</sup>.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

En cierto modo opacado por otros desarrollos recientes en la CIJ, este asunto constituye un interesante ejercicio en la denominada litigación estratégica en derechos humanos. Ello por el

17 Véase Observaciones escritas, paras. 11-17.

18 Véase su opinión disidente en la totalidad en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20231116-ord-01-02-en.pdf>.

19 En la audiencia oral, los demandantes lo mentarían para afirmar la imposibilidad de justificar sus violaciones por la lucha contra el terrorismo (Doc. CR 2023/20, de 10 de octubre, p. 10, para. 8).

20 Observaciones escritas, para. 48.

21 Observaciones escritas, paras 49-51 y 54.

juego que mantienen de las Partes, por la incorporación de la Convención contra la Tortura a ese *tablero* ante la Corte y también por la ampliación del abanico de movimientos tales como los que puedan derivarse de la confirmación de que la actitud *estratégica* de la parte demandante no será penalizada *per se*, si reúne el mismo perfil que las de casos más *tradicionales*, o de la adición de la CIJ a los órganos jurisdiccionales internacionales con competencia en la protección de derechos humanos que consideran tortura las conductas pertinentes efectuadas en el marco de la violencia sexual o por razón de sexo. Siendo cierto que habrá que estar a las futuras evoluciones del asunto, entre las que se esboza una posible excepción preliminar, por el momento las medidas provisionales acordadas no están siendo cumplidas<sup>22</sup>, lo cual nutre las voces que afirman el carácter simbólico de este proceso. Más allá del amplio y diversificado debate que ello despierta, ni la función, ni la *potestas* de la CIJ en sede contenciosa es simbólica. Las partes en esta controversia lo saben y su partida continúa. Las víctimas, destinatarias últimas de lo que aquí acaezca, intentan resistir a la espera del desenlace.

---

22 Véase, p. ej., Syrian Network for Human Rights, *Statement: Three Months After the ICJ's Ruling, the Syrian Regime Has Blatantly Breached it, Killing More Syrian Citizens Under Torture*, de 22 de febrero de 2024, disponible a través de: <https://snhr.org/>



# LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 13 DE JULIO DE 2023 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EXTENDIDA MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS MARINAS CONTADAS DESDE LA COSTA NICARAGÜENSE (NICARAGUA C. COLOMBIA)

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA  
DANIELA GONZÁLEZ GRECO\*

## I. HECHOS

La Corte Internacional de Justicia, en su formación plenaria, dictó el 13 de julio de 2023 sentencia en la controversia relativa a *la delimitación de la plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas contadas desde la costa nicaragüense*<sup>1</sup>. Este proceso se inició por demanda deducida el 16 de septiembre de 2013 por Nicaragua contra Colombia, declarando la Corte, en sentencia de 17 de marzo de 2016, que tenía jurisdicción en virtud del artículo XXXI del Pacto de Bogotá (paras.1,10).

Cabe señalar que las áreas marítimas objeto de controversia están situadas en el Mar Caribe, una parte del Océano Atlántico parcialmente cerrada al norte y al este por un grupo de islas y fronterizo al sur y al oeste con Sudamérica y Centroamérica (para.21). Asimismo, la Corte ha conocido de distintas controversias entre ambos Estados, habiendo declarado previamente, en sentencia de 2012, que “no estaba en posición de delimitar la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia”, ya que Nicaragua no había establecido el margen exterior de su plataforma continental (para.24), presentando este Estado su solicitud a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC) el 24 de junio de 2013 (para.25).

Más tarde, en providencia de 4 de octubre de 2022, la Corte señaló que, en las circunstancias del caso, las partes debían presentar sus argumentos en la fase oral exclusivamente sobre dos cuestiones: “1) de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, ¿puede un Estado tener derecho a una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base desde las que se mide la anchura de su mar territorial? 2) ¿cuáles

---

\* Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor) ([eduardo.jimenez.pineda@uco.es](mailto:eduardo.jimenez.pineda@uco.es)) y Profesora Colaboradora Honoraria en el área de Derecho Internacional Público, Universidad de Córdoba.

1 *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, ICJ Reports 2023, en prensa. La sentencia y los documentos relativos a este asunto pueden consultarse en: <https://www.icj-cij.org/case/154/judgments>, última consulta 15/04/2024. Todas las traducciones son de los autores.

Dicha sentencia contó con una declaración (magistrado Bhandari), tres opiniones separadas (magistrados Xue, Iwasawa y Nolte) y tres opiniones disidentes (magistrados Robinson, Charlesworth y *ad hoc* Skotnikov).

son los criterios de conformidad con el derecho internacional consuetudinario para la determinación del límite de la plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial y, en este sentido, reflejan el derecho internacional consuetudinario los apartados segundo a sexto del artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar?” (para.14).

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

A partir de estas preguntas, la Corte conoció en primer lugar del carácter preliminar de la primera para, a continuación, determinar el Derecho internacional consuetudinario aplicable en este caso a las áreas marítimas implicadas (para.36). A este respecto, Nicaragua alegaba que existe un solapamiento entre su propio derecho a una plataforma continental extendida y el derecho de Colombia a una plataforma continental comprendida entre las 200 millas marinas y pedía a la Corte que realizara una delimitación equitativa (para.40). Colombia, por su parte, consideraba que un Estado debe primeramente establecer su derecho a una cierta área marítima que se solapa con el área que puede ser reclamada por otro Estado, con carácter previo a que los principios y reglas de la delimitación marítima sean de aplicación, de modo que “no es la delimitación la que genera un título jurídico, sino que el título jurídico da lugar a la necesidad de delimitación” (para.41).

A juicio de la Corte, “la primera cuestión tiene un carácter preliminar en el sentido de que debe ser respondida para confirmar si la Corte puede proceder a la delimitación solicitada por Nicaragua y, consiguientemente, si es necesario considerar las cuestiones científicas y técnicas que surgirían para los propósitos de la delimitación” (para.43).

Con relación al derecho internacional consuetudinario aplicable a las áreas marítimas objeto de esta controversia, la Corte trajo a colación su jurisprudencia previa afirmando que “el contenido del derecho internacional consuetudinario debe ser buscado primariamente en la práctica actual y en la *opinio juris* de los Estados” y que los “tratados multilaterales pueden jugar un papel importante en la fijación y definición de las reglas que derivan de la costumbre o en su desarrollo” (para.46). Pues bien, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM o Convención) alberga un carácter integrado en varias de sus partes, aspecto particularmente evidente en la relación entre la Parte V, referida a la zona económica exclusiva, y la Parte VI, que regula la plataforma continental (para.49).

En este sentido, la Corte ya había afirmado previamente en su jurisprudencia que tanto el artículo 56 como el artículo 76, apartado primero, de la Convención declaran el derecho internacional consuetudinario (paras.51,52). Pues bien, la Corte procedió a estudiar si en virtud del derecho internacional consuetudinario un Estado tiene derecho a una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas, contadas desde las líneas de base empleadas para medir la anchura del mar territorial, que se solapa con las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de otro Estado, extremo sobre el que las partes no estaban de acuerdo (para.54). Así, la Corte recordó que el régimen que gobierna la zona económica exclusiva establecido en la CNUDM es el resultado de una fórmula de compromiso alcanzada en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (para.69), y está interrelacionado con el régimen de la plataforma continental comprendida dentro de las 200 millas marinas (para.70).

Tras referirse a su jurisprudencia previa así como a otra jurisprudencia internacional arbitral y también dictada por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte sostuvo que, “en el derecho internacional consuetudinario contemporáneo, hay una única plataforma continental en el sentido de que los derechos de un Estado costero sobre su plataforma continental son generalmente los mismos dentro de y más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base” (para.75). Igualmente, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas puso de manifiesto que “las condiciones sustantivas y procesales para la determinación de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas fueron el resultado de una fórmula de compromiso alcanzada durante las sesiones finales de la Tercera Conferencia”, con el objetivo de “evitar reclamaciones indebidas en el lecho y el subsuelo marino más allá de los límites de la jurisdicción nacional, considerados ‘patrimonio común de la humanidad’” (para.76).

De manera muy interesante, la Corte subrayó que, “en la práctica, la amplia mayoría de Estados partes en la Convención que han hecho solicitudes a la CLPC han elegido no reivindicar en ellas unos límites externos de sus plataformas continentales extendidas dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de otro Estado” (para.77). Así, la Corte consideró que “esta práctica de los Estados ante la CLPC es indicativa de la *opinio juris*, incluso si dicha práctica puede haber sido motivada en parte por consideraciones distintas al sentido de obligación jurídica” (para.77). A mayor abundamiento, la Corte “es consciente de que solamente un pequeño número de Estados ha reclamado en sus solicitudes un derecho a una plataforma continental extendida que se solape con las áreas marítimas comprendidas en las 200 millas marinas de otros Estados”, por lo que “la práctica de los Estados puede ser considerada como suficientemente extendida y uniforme para el propósito de la identificación del derecho internacional consuetudinario” (para.77). Por consiguiente, la Corte concluyó que, “en virtud del derecho internacional consuetudinario, el derecho de un Estado a una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas, contadas desde las líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial, no se puede extender a las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de otro Estado” (para.79).

En consecuencia, según la Corte, “incluso si un Estado puede demostrar su derecho a una plataforma continental extendida, este derecho no puede extenderse dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de otro Estado” (para.81). Por todo ello, en relación la segunda pregunta formulada por la Corte, ésta decidió que, “sin perjuicio de los criterios que determinan el límite exterior de la plataforma continental extendida a la que un Estado tiene derecho, su plataforma continental extendida no puede solaparse con el área de la plataforma continental dentro de las 200 millas marinas desde las líneas de base de otro Estado”, de modo que, “en ausencia de solapamientos entre derechos sobre las mismas áreas marítimas, la Corte no puede proceder a la delimitación marítima” y “no hay necesidad para la Corte de dar respuesta a la segunda pregunta” (para.82).

Por último, a partir de estas conclusiones, la Corte, de un lado, decidió, por trece votos a favor y cuatro en contra, que la primera pretensión nicaragüense no podía admitirse toda vez que “Nicaragua no tiene derecho a extender su plataforma continental ampliada dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de la costa principal de Colombia” (para.86) ni tampoco dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de las islas de San Andrés y

Providencia (para.91). Del otro, remitiéndose a su sentencia de 2012 en la controversia territorial y marítima entre ambos Estados, en la que concluyó que Colombia tiene soberanía sobre las islas de Serranilla, Bajo Nuevo y Serrana, la Corte, por doce votos a favor y cinco en contra, decidió que “no es necesario determinar el ámbito de las proyecciones que corresponden a Serranilla y Bajo Nuevo en aras de arreglar la controversia sometida por Nicaragua” (para.100).

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Este comentario ha tratado de poner de manifiesto el análisis por parte de la Corte Internacional de Justicia de la delimitación de la plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas, cuestión de una gran complejidad técnica que ha quedado patente en este asunto. En particular, Nicaragua solicitaba a la Corte la delimitación de su plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base en un área marítima en la que dicho espacio se solapa con la plataforma continental de Colombia comprendida dentro de las 200 millas marinas contadas desde su costa.

De modo relevante, la Corte ha concluido que los artículos 56 y 76, apartado primero, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reflejan el derecho internacional consuetudinario, aspecto significativo habida cuenta de que Colombia no es parte en la Convención. A mayor abundamiento, la Corte ha decidido que no es posible la delimitación de la plataforma continental extendida –más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base– de un Estado ribereño (Nicaragua) cuando la misma se solapa con la plataforma continental *stricto sensu* –comprendida hasta las 200 millas marinas– de otro Estado ribereño (Colombia). Así, mediante una aproximación perspicaz, la Corte ha evitado entrar a valorar aspectos técnicos y datos científicos, como el límite exterior de la plataforma continental en sentido geológico, de elevada complejidad debido a la ausencia, por ahora, de las recomendaciones solicitadas por Nicaragua a la CLPC.

No es menos cierto, en cambio, que, como sostiene en su opinión disidente el magistrado Tomka, “la sentencia no lleva a cabo un análisis serio de la práctica de los Estados ni de la prueba de la *opinio juris*”, limitándose a la simple afirmación de una regla consuetudinaria<sup>2</sup>. En efecto, aunque la conclusión a la que ha llegado la Corte parece ser la más razonable desde un punto de vista práctico e incluso político, se trata de una sentencia que adolece de un razonamiento jurídico poco fundado en lo atinente a la demostración de la norma consuetudinaria que afirma sobre la incompatibilidad de una plataforma continental extendida con otra plataforma continental hasta las 200 millas<sup>3</sup>.

---

2 Opinión disidente magistrado Tomka, para. 3. Este magistrado llega a afirmar en dicho párrafo que “la sentencia no está basada en la aplicación del Derecho internacional sino en una regla que la Corte simplemente ‘inventó’”.

3 Véase en este sentido De Lucia, V., “On the Question of the *opinio juris* in Nicaragua vs. Colombia (Judgment 13 July 2013)”, *Ejil: Talk!*, puede consultarse en <https://www.ejiltalk.org/on-the-question-of-opinio-juris-in-nicaragua-vs-colombia-judgement-13-july-2013/>, última consulta 15/04/2024.



En mi opinión, la sentencia plantea el interrogante de qué sucede con las zonas definidas como área gris ya declaradas por otros tribunales internacionales<sup>4</sup>. Además, una vez descartada la delimitación entre una plataforma continental extendida y otra *stricto sensu*, habrá que esperar a que un tribunal internacional conozca de futuros casos de delimitación entre Estados cuyas plataformas continentales extendidas más allá de las 200 millas marinas se solapen, cuestión que, sin duda, albergará un gran interés.

---

4 En palabras del TIDM, éstas resultan “cuando una línea de delimitación que no es la línea de equidistancia alcanza el límite exterior de la zona económica exclusiva de otro Estado y continúa más allá en la misma dirección hasta que alcanza el límite exterior de la zona económica exclusiva de otro Estado”, *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, p. 119, para. 464.



# BIG BROTHER IS WATCHING YOU! (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 4 DE JULIO DE 2023, ASUNTO *GLUKHIN C. RUSIA*)

MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ RODRÍGUEZ\*

## I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

La Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) dicta el 4 de julio de 2023 una sentencia por la que, unánimemente, condena a Rusia por la vulneración de los arts. 8 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)<sup>1</sup> y establece, a favor del demandante, una compensación de 9.800 € por daño moral y de 6.400 € por costas y gastos.

El Sr. N.S. Glukhin, nacional ruso, tomó el metro en agosto de 2019, llevando una figura de cartón de tamaño natural y una pancarta con el mensaje: “Soy Konstatin Kotov<sup>2</sup>, me pueden caer hasta cinco años [de prisión] por manifestarme pacíficamente”<sup>3</sup>. Se tomaron fotografías y un vídeo que, posteriormente, se subieron a una red social pública. Días después, el Sr. Glukhin fue detenido por la policía y condenado en el marco de un procedimiento por una infracción administrativa por no haber comunicado a las autoridades su intención de llevar a cabo una manifestación en solitario, con apoyo de un “objeto montado y desmontado rápidamente”. El Sr. Glukhin considera que pudo ser identificado y detenido rápidamente por la policía gracias al cotejo de las capturas de pantalla de las imágenes distribuidas por la red social, con las imágenes grabadas de su persona por las cámaras de videovigilancia el día de los hechos y la aplicación posterior de un programa de reconocimiento facial en tiempo real cuando volvió a utilizar el metro<sup>4</sup>. Se le impuso el pago de una multa de 20.000 rublos (283 €), que, tras un el correspondiente recurso, fue confirmada por un tribunal moscovita, al concluir que no había lugar a tener en cuenta el carácter pacífico de su conducta, que la infracción había sido detectada y que la obtención de las pruebas se había realizado conforme a la normativa policial.

El Sr. Glukhin presenta su demanda ante el TEDH en fecha de 31 de enero de 2020, invocando la violación, por un lado, de los arts. 8 (derecho al respeto de la vida privada), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión), y, por otro lado, del art. 6 (derecho a un proceso justo) del CEDH.

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Jaén. <https://orcid.org/0000-0001-5351-0432>.

1 STEDH, as. *Glukhin c. Rusia*, n. 11519/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0704JUD001151920. La sentencia es definitiva con fecha de 4 de octubre de 2023, de acuerdo con el art. 44.2 del CEDH.

2 Un activista ruso detenido el 10 de agosto de 2019 y condenado a prisión por su participación reiterada en concentraciones pacíficas “no autorizadas”, lo cual es considerado como un delito con arreglo a la legislación rusa (<https://www.amnesty.org/en/documents/eur46/2330/2020/es/>).

3 La información de la pancarta, recogida en la documentación del caso, ha sido resumida por la autora.

4 Entre 2027 y 2022, se instalaron 220.00 cámaras en la ciudad de Moscú, incluido el metro, en aplicación del Decreto nº 410 del 05.04.2017 sobre la seguridad en los transportes.

## II PROBLEMAS JURÍDICOS

La sentencia se estructura en seis partes, a saber: la jurisdicción del TEDH y su comunicación con el gobierno demandado (para. 41-43)<sup>5</sup>; el agotamiento de los recursos internos y la admisibilidad de la demanda (para. 44-46)<sup>6</sup>; la violación del art. 10 (para. 47-57); la violación del art. 8 (para. 58-91); la violación del art. 6 (para. 92); la compensación del art. 41 por daños y gastos (para. 93-99). Respecto de las cuestiones de fondo, el TEDH centra su examen en las alegaciones del demandante sobre la violación de sus derechos reconocidos en los arts. 10 y 11, en primer lugar, y en el art. 8, en segundo lugar<sup>7</sup>.

En cuanto a la primera alegación, el TEDH, teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta del demandante y el contexto en el que tuvo lugar, considera que a través de sus acciones, el demandante trata de expresar su opinión sobre una cuestión de interés público. Por ello, el traslado del demandante a la comisaría, su arresto administrativo y la condena por una infracción administrativa constituyen una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (art. 10.1 CEDH). No obstante, cabe estudiar si la misma está justificada por cumplir los criterios del art. 10.2 CEDH<sup>8</sup>: 1) respecto a si la injerencia está establecida en la ley, el Tribunal considera que la norma que refiere a los “objetos rápidamente montados y desmontados” no establece ningún criterio que permita a nadie predecir qué tipos de objetos

- 
- 5 El TEDH constata con carácter preliminar su jurisdicción sobre los hechos, dado que acaecieron antes del 16 de septiembre de 2022, fecha en la que Rusia deja de ser Parte en el CEDH (al dejar de ser miembro del Consejo de Europa el 16 de marzo de 2022), de acuerdo con el art. 58 CEDH (véase la *Resolution of the ECHR on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights* de 22.3.2022 y la STEDH [GC] de 17.1.2023, as. *Fedotova y otros c. Rusia*, n. 40792/10, 30538/14 y 43439/14). Por tanto, siguen siendo aplicables, en particular, los arts. 38 (examen del caso), 41 (satisfacción equitativa) y 46 (fuerza obligatoria y ejecución de sentencias) del CEDH así como las disposiciones correspondientes del Reglamento TEDH. Como además, Rusia, desde marzo de 2022, deja de participar en el procedimiento, el Tribunal aclara que ello no exime a las autoridades rusas de la obligación de cooperar con él y, más aún, no va a impedir el examen de las demandas sobre las que sea competente; de hecho, el TEDH puede inferir las conclusiones oportunas de la abstención o negativa de una Parte a participar efectivamente en el procedimiento (art. 44C del Reglamento TEDH). Por último, el Tribunal recuerda que sigue utilizando el sistema electrónico seguro y accesible a todos los gobiernos (*Practice direction issued by the President of the Court in accordance with Rule 32 of the Rules of Court on 22 September 2008 and amended on 29 September 2014 and on 5 July 2018*) como medio de comunicación con el Estado demandado con el fin de respetar el carácter contradictorio del procedimiento.
- 6 El gobierno ruso considera que la demanda no puede ser admitida porque no se han agotado los recursos internos y alega la Decisión TEDH de 13.12.2016 sobre el as. *Chigirina c. Rusia*, n. 28448/16. El TEDH considera que, a diferencia del caso *Chigirina* (al que le era de aplicación el “Code of Administrative Procedure”), el presente caso concierne al “*Code of Administrative Offences*”, en cuyo ámbito el recurso de revisión/casación no es un recurso interno que debiera agotarse previamente, como ya afirmó en la Decisión TEDH de 31.1.2017, as. *Smadikov c. Rusia*, n. 10810/15 y la STEDH de 14.7.2022, as. *Ecodefence y otros c. Rusia*, n. 9988/13 (y otras 60 más).
- 7 El Tribunal considera que, tras la aplicación de los arts. 8 y 10 CEDH, no es necesario analizar ni la admisibilidad ni el fondo de la demanda a la luz del art. 6 CEDH (para. 92) y remite a la STEDH [GC] de 17.7.2014, as. *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Rumanía*, n. 47848/08.
- 8 STEDH [CG] de 15.10.2015, as. *Kudrevičius y otros c. Lituania* y STEDH de 26.4.2016, as. *Novikova y otros c. Rusia*, n. 25501/07 (y otras 4).

podrían estar afectados; b) aun suponiendo que la injerencia estuviera “prevista por la ley” (e, incluso, persiguiera los objetivos legítimos de “defender el orden” y “proteger los derechos de los demás”), no es “necesaria en una sociedad democrática”, pues la manifestación en solitario del demandante es pacífica, no genera otras perturbaciones (como, por ejemplo, obstrucción al tráfico, daños a la propiedad o actos de violencia) y no representa ninguna amenaza para el orden o la seguridad públicos.

Respecto de la segunda alegación, el TEDH recuerda, con carácter previo, los principios generales del art. 8.1, asentados en una abundante jurisprudencia, que rigen el amplio concepto de “vida privada”<sup>9</sup> y las posibles injerencias que afectan a su protección, incluida la recogida y conservación de datos de individuos particulares por parte las autoridades, incluso los datos sobre sus actividades públicas<sup>10</sup>. De hecho, el Tribunal viene considerando que la conservación de las fotografías por parte de la policía, combinada con la posibilidad de aplicarles técnicas de reconocimiento facial, constituye una injerencia en el ejercicio del derecho a la vida privada<sup>11</sup>. Por lo tanto, a pesar de las dificultades del demandante para probar el uso de la tecnología facial, la Sala acepta en las circunstancias del caso que se ha recurrido a dicha tecnología<sup>12</sup> en el marco del procedimiento por una infracción administrativa, con el fin de identificarlo y, posteriormente, localizarlo y rastrearlo, lo que constituye una injerencia en el ejercicio por parte del demandante de su derecho al respeto de su vida privada.

A continuación, la TEDH examina si dicha injerencia pudiera estar justificada a la luz de los principios generales aplicables al art. 8.2, esto es, si está prevista por la ley, persigue uno o más fines legítimos y es necesaria en una sociedad democrática<sup>13</sup>. En este sentido, aunque las medidas tomadas contra el demandante tienen una base legal interna, el Tribunal duda seriamente que se haya observado el requisito conexo de la “calidad de la ley”, pues, entre otros, el Derecho interno no prevé ninguna limitación en cuanto a la naturaleza de las situaciones que podrían dar lugar al uso de la tecnología de reconocimiento facial, los fines perseguidos, las categorías de personas ser objeto de tratamiento o el procesamiento de datos personales sensibles; además, el Gobierno no informa de ninguna garantía procesal aplicable como, por ejemplo, los procedimientos de autorización, los procedimientos para el examen, el uso y la conservación de los datos obtenidos, los mecanismos de control y los recursos disponibles. Para el Tribunal, es fundamental, en el contexto de la implementación de la tecnología de reconocimiento facial, que se dispongan de normas detalladas que regulen el alcance y la aplicación de las medidas, así como garantías sólidas contra el riesgo de abuso y arbitrariedad, siendo aun mayor la necesidad de salvaguardias cuando la tecnología de reconocimiento facial se utiliza en tiempo real.

---

9 STEDH [CG] de 17.10.2019, as. *López Ribalda y otros c. España*, n. 1874/13 y 8567/13.

10 Véase los numerosos casos recogidos en el para. 67.

11 STEDH de 13.2.2020, as. *Gaughran c. Reino Unido*, n. 45245/15.

12 La legislación rusa no exige que la policía registre el uso que hace de dicha tecnología ni proporcione a la persona interesada acceso a los registros (ya sea automáticamente o previa solicitud). El gobierno ruso no ha negado explícitamente haberla utilizado, más bien ha reconocido implícitamente su uso.

13 STEDH [GC] de 4.12.2015, as. *Roman Zakharov c. Rusia*, n. 47143/06 y STEDH de 11.6.2020, as. *P.N. c. Alemania*, n. 74440/17.

No obstante, el Tribunal prosigue su análisis planteándose si las medidas impugnadas persiguen el objetivo legítimo de prevenir delitos y si el procesamiento de datos personales del demandante es “necesario en una sociedad democrática”. Si siempre resulta necesario un alto nivel de justificación para calificar que una injerencia es “necesaria en una sociedad democrática”, el uso de las tecnologías de reconocimiento facial en tiempo real necesita del más alto nivel de justificación; además, los datos personales tratados en este caso contienen información sobre la participación del demandante en una manifestación pacífica, esto es, revelan sus opiniones políticas, por lo que pertenecen a una categoría especial de datos sensibles que requiere un mayor nivel de protección. Dentro de este análisis, debe tenerse también en cuenta la naturaleza y la gravedad del delito: es cierto que la legislación nacional permite el procesamiento de datos biométricos personales en el contexto de la investigación y el enjuiciamiento de cualquier delito, independientemente de su naturaleza y gravedad, pero el demandante no es acusado de haber cometido ningún delito durante su protesta sino que es procesado por una infracción administrativa leve, que no representa ningún riesgo para el orden público ni para la seguridad del transporte. Para el Tribunal, en definitiva, el uso de una tecnología de reconocimiento facial altamente intrusiva para identificar y arrestar a participantes en acciones de protesta pacífica podría tener un efecto paralizador sobre los derechos a la libertad de expresión y reunión.

### III. CONCLUSIONES

Los derechos reconocidos por el CEDH pueden ser limitados, siempre y cuando se haga de conformidad con los estándares de la jurisprudencia del TEDH. Así, a través del caso *Glukhin*, se reitera que el sistema europeo rechaza que las autoridades nacionales restrinjan el ejercicio del derecho a la libre expresión sin tener otras “razones pertinentes o suficientes” más allá de la necesidad de castigar una infracción administrativa de un particular. Del mismo modo, la injerencia en la privacidad de un particular, en lo que refiere al tratamiento de sus datos personales mediante una tecnología de reconocimiento facial, en el marco de un procedimiento administrativo, que tiene como objetivo identificarlo, a partir de las fotografías y vídeos publicados en una red social y, posteriormente, localizarlo en el transporte público, detenerlo e interrogarlo, no responde a una necesidad social apremiante ni puede considerarse necesaria en una sociedad democrática. El caso es un claro exponente de las crecientes amenazas que las nuevas tecnologías, ya estén en manos privadas o públicas, suponen para la privacidad de las personas y otras libertades conexas. Como Orwell intuyó: *Big brother is watching you!*<sup>14</sup> Generar las herramientas jurídicas apropiadas para afrontar tales retos es nuestra responsabilidad (véase, por ejemplo, la reforma de 2018 del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos personales de 1981 o la legislación en la materia de la Unión Europea).

---

14 Orwell, G., *Nineteen Eighty-Four / 1984*, ed. Secker & Warburg, Reino Unido, 1949.

# EL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO Y LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA DEL ESTADO: EL ASUNTO *G.T.B C. ESPAÑA*

MARÍA ESTHER SALAMANCA AGUADO\*

## I. HECHOS

En la sentencia de 16 de noviembre de 2023, dictada en el asunto *G.T.B. c. España*<sup>1</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“el Tribunal”) reconoce el derecho individual a la inscripción del nacimiento y el acceso a otros documentos de identidad y considera que se ha producido una violación de las obligaciones positivas de las autoridades de garantizar el disfrute del derecho del demandante al respeto de su vida privada en virtud del artículo 8 del Convenio. Los hechos considerados por el Tribunal son los siguientes.

El demandante nació el 15 de agosto de 1985 en México, de madre española nacida en Venezuela (“la madre”). Su nacimiento nunca fue inscrito en el Registro Civil del Consulado de España en México. Unos meses después del nacimiento, y debido a un terremoto, la familia fue repatriada fijando su residencia en Tenerife (España). A su llegada, el demandante no fue registrado por su madre como nacido en México. Desde el 29 de diciembre de 1989 hasta el 15 de enero de 1991, el demandante y su hermano mayor vivieron en un centro de acogida de menores, bajo la tutela de las autoridades, tras haber sido entregados voluntariamente por la madre, que alegó estar enferma, no disponer de medios económicos suficientes y no poder hacerse cargo de ellos. La madre recuperó la custodia el 15 de enero de 1991, después de que manifestara su deseo de volver a vivir con ellos.

En septiembre de 1997, la madre acudió al Registro Civil de La Laguna y solicitó una inscripción tardía de nacimiento para sus dos hijos. Sin embargo, la madre no pudo aportar los documentos necesarios para acreditar que los niños habían nacido en México. En un momento posterior, tampoco fue posible citar a la madre y a sus hijos para una forma alternativa de reconocimiento de la relación maternofilial, porque no fue posible encontrar a la madre en la dirección que había indicado en la solicitud original. En consecuencia, se suspendió el proceso de inscripción.

En mayo de 2002, la madre volvió al Registro Civil de La Laguna, donde reiteró su solicitud de inscripción tardía de nacimiento de sus dos hijos. Se inició un nuevo procedimiento de inscripción que no se resolvió hasta que en 2005 el Registro Civil Central acordó que la madre pudiera reconocer a los niños ante un juez. Una vez cumplido este trámite, en marzo de 2006, el juez del Registro Civil Central decidió que la relación entre el demandante y su madre había

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales (Universidad de Valladolid) [mariaesther.salamanca@uva.es](mailto:mariaesther.salamanca@uva.es)

1 STEDH, *Caso G.T.B. contra España*, nº 3041/19, 23 de noviembre de 2023

quedado probada. En consecuencia, se aprobó la inscripción tardía del nacimiento del demandante y de su hermano. En mayo de 2006, se expidió al demandante un documento nacional de identidad (DNI).

En 2014 el demandante presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por el retraso en la expedición del DNI, seguida de un recurso de apelación ante la Audiencia Nacional contra la desestimación de dicha reclamación y, posteriormente, de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo y un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Todos ellos fueron declarados inadmisibles.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En su demanda ante el Tribunal, el demandante alegó la violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) debido al retraso y a las dificultades para inscribir su nacimiento y posteriormente expedir su DNI; del artículo 3 (prohibición de la tortura) debido al sufrimiento psicológico y físico que había padecido como consecuencia de haber estado indocumentado durante años; y del artículo 2 del Protocolo 1 (derecho a la educación) en relación con las dificultades para matricularse en determinados cursos escolares, así como para obtener los diplomas y certificados correspondientes.

El Tribunal decidió examinar el caso únicamente en virtud del artículo 8, al entender que los daños sufridos por el demandante no llegaban al nivel mínimo de gravedad para alcanzar el umbral del artículo 3 (para. 83) y que los aspectos relacionados con la educación podían subsumirse en el contenido del propio artículo 8 (para. 85).

El Tribunal comienza recordando los principios generales aplicables al caso. En primer lugar, se refiere al concepto de vida privada que, según su jurisprudencia, abarca la integridad física y psíquica de la persona y que no se limita a un “círculo íntimo” en el que el individuo puede vivir su vida personal, sino que el artículo 8 garantiza al individuo un ámbito en el que puede desarrollar y realizar libremente su personalidad. También precisa que la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación del artículo 8 y que el respeto de la vida privada exige que toda persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano individual. En este sentido, se refiere también al reconocimiento de las importantes repercusiones que la normativa sobre el registro de nacimientos y el acceso a los documentos de identidad puede tener en la autonomía personal (paras. 112 – 113).

En segundo lugar, el Tribunal reitera que el artículo 8 no sólo impone obligaciones negativas a los Estados (abstenerse de una injerencia en la vida privada) sino también obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada y familiar. En el contexto de este asunto, el Tribunal afirma la importancia de la inscripción del nacimiento de un niño, dado que implica la expedición efectiva de un certificado de nacimiento, documento que constituye la prueba del reconocimiento legal del niño por parte del Estado. Los principios aplicables para evaluar las obligaciones positivas y negativas de un Estado en virtud del Convenio son similares: debe tenerse en cuenta el justo equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto. A la hora de elegir cómo cumplir sus obligaciones positivas,



los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, pero cuando está en juego una faceta especialmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, el margen concedido al Estado se ve restringido (paras. 114 – 115).

En tercer lugar, el Tribunal subraya que, según una jurisprudencia consolidada, en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior reviste una importancia primordial que refleja el amplio consenso sobre esta cuestión expresado en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

En el presente asunto, el Tribunal comienza afirmando que no poder establecer los detalles de la identidad de una persona interfiere en la autonomía personal y está directamente relacionado con el derecho al respeto de la vida privada establecido en el artículo 8 del Convenio. Y que la falta de registro de nacimiento y de documentos de identidad válidos puede causar problemas importantes en la vida diaria de las personas, sobre todo a nivel administrativo. Por tanto, el Tribunal concluye que el derecho al respeto de la vida privada previsto en el artículo 8 incluye el derecho individual a la inscripción del nacimiento y, cuando proceda, a tener acceso a otros documentos de identidad” (para. 118). Es de destacar que el Tribunal apoya su conclusión en la Observación General N.º 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niño (“Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”). Según su párrafo 20 “se entiende por descuido no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello”<sup>2</sup>.

En los ordenamientos jurídicos nacionales el derecho a la inscripción del nacimiento está sujeto a que el interesado cumpla una serie de requisitos sustantivos y procesales. En el caso concreto, el Tribunal reconoce que en el derecho español el procedimiento legal para inscribir el nacimiento de una persona y, posteriormente, obtener documentos de identidad es claro y previsible. Y admite que en circunstancias normales la responsabilidad principal de llevar a cabo los trámites administrativos necesarios para la inscripción del nacimiento y la obtención de los documentos de identidad de un menor recae sobre los padres.

Sin embargo, en el presente caso hay dos circunstancias excepcionales: la negligencia de la madre y los trastornos psicológicos del demandante debidos a la falta de identidad. Esta situación lleva al Tribunal a afirmar, en primer lugar, que incumbía a las autoridades actuar en el interés superior del niño cuyo registro de nacimiento se solicitaba para compensar las carencias de la madre y evitar que el niño quedara sin registrar, y por tanto, sin documentos de identidad; en segundo lugar, que las autoridades tenían la obligación positiva de actuar con la diligencia debida para ayudar al demandante a obtener su certificado de nacimiento y sus documentos de identidad, para garantizar el respeto efectivo de su vida privada; en tercer lugar, la protección del orden público a este respecto no era incompatible con la asistencia a una persona como el demandante, habida cuenta de la especial vulnerabilidad derivada de factores sanitarios y sociales, con el fin de proteger una faceta especialmente importante de la identidad del demandante (paras. 119 – 125).

---

2 Véase Doc. CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, al momento en que las autoridades tomaron conciencia de la necesidad de actuar ante la inactividad de la madre del demandante para proteger su derecho a la vida privada, el Tribunal observa que diversas autoridades tuvieron conocimiento de su situación de vulnerabilidad durante la mayor parte de su vida. A este respecto, puede considerarse que las autoridades del registro civil tuvieron conocimiento de las dificultades del demandante para inscribir su nacimiento y, en consecuencia, para obtener un documento de identidad en algún momento a mediados de 1999, cuando el procedimiento tuvo que suspenderse debido a la imposibilidad de citar a su madre. En cualquier caso, a más tardar a partir de mayo de 2002, cuando quedó claro que la madre del demandante no podría presentar documentos distintos de los que había presentado, las autoridades competentes debían tener claro que era necesario adoptar medidas positivas para garantizar que el demandante no siguiera careciendo de una identidad registrada. A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que la obligación positiva de las autoridades y, en particular, del Registro Civil Central de ayudar al demandante a registrar su nacimiento y de actuar con la diligencia debida a este respecto, surgió a partir de mayo de 2002 (para. 126 – 127).

A continuación, el Tribunal aprecia si las autoridades españolas actuaron de forma inadecuada en el cumplimiento de su obligación positiva. Para ello es determinante el momento en el que se percataron de que la madre del demandante no podía facilitar los documentos adecuados para inscribir el nacimiento de su hijo y su inscripción efectiva. El Tribunal considera que, en ausencia de dichos documentos, no había justificación para retrasar hasta mayo de 2005 el “reconocimiento”, que parecía ser la única manera de probar la relación maternofilial y, por lo tanto, de proceder a la expedición de un certificado de nacimiento para el solicitante. El Tribunal no indica qué medidas concretas debían haber adoptado las autoridades españolas para ayudar a la madre a obtener los documentos de identidad, se limita a afirmar que las autoridades incumplieron su obligación positiva de actuar con la diligencia debida para ayudar al demandante a inscribir su nacimiento y, en consecuencia, a obtener sus documentos de identidad. Es de destacar que el Tribunal critica el “excesivo formalismo y rigidez de la administración española” al afirmar que se limitaron a insistir en la responsabilidad de la madre del demandante de cumplir con todos los criterios legalmente establecidos, a pesar de ser conscientes de que no se encontrarían más documentos relativos al nacimiento del demandante en México y sin tener en cuenta la especial vulnerabilidad del demandante (para. 128 – 130).

### III. CONCLUSIONES

El derecho a la inscripción del nacimiento es un derecho fundamental reconocido por el artículo 24, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup>, por el artículo 7, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 18, párrafo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.<sup>4</sup> Este derecho está relacionado

---

3 “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

4 “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

con la identidad personal. La importancia de la inscripción de los nacimientos como medio de establecer un registro oficial de la existencia de una persona y del reconocimiento de su personalidad jurídica ha sido objeto de atención reciente por los órganos de derechos humanos. En una resolución de 9 de abril de 2013, el Consejo de Derechos Humanos expresó preocupación por el elevado número de personas en todo el mundo cuyo nacimiento no se inscribe y recordó a los Estados su obligación de proceder a la inscripción de los nacimientos sin discriminación de ninguna clase e independientemente de la situación legal de los progenitores (A/HRC/RES/22/7). Desde entonces, ha seguido ocupándose de la cuestión.<sup>5</sup>

Por el contrario, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales no recoge expresamente el derecho a la inscripción del nacimiento. A través de su jurisprudencia, el Tribunal ha considerado que el “derecho al nombre”, como medio para identificar a las personas en sus familias y en la comunidad entra en el ámbito del derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8<sup>6</sup>. También que la elección por los padres del nombre<sup>7</sup> y el apellido<sup>8</sup> de su hijo forma parte de su vida privada. Asimismo, ha considerado que la denegación por las autoridades estatales de la inscripción de un nombre por el posible perjuicio que dicho nombre puede causar al niño no vulnera el artículo 8<sup>9</sup>. No obstante, la negativa a inscribir un nombre no inadecuado para un niño que ya ha logrado aceptación sí puede ser contraria al artículo 8<sup>10</sup>. El Tribunal ha considerado también que la norma que establece la obligación de asignar el apellido del marido a los hijos legítimos en el momento de la inscripción del nacimiento no vulnera en sí misma el Convenio. No obstante, la imposibilidad de apartarse de esta norma general se consideró excesivamente rígida y discriminatoria para las mujeres y, por consiguiente, contraria al artículo 14, juntamente con el artículo 8<sup>11</sup>.

Por tanto, con esta sentencia el Tribunal completa su jurisprudencia y viene a colmar una laguna existente en el marco regional de protección de los derechos humanos no sólo al reconocer que el derecho individual a la inscripción del nacimiento y el acceso a otros documentos de identidad forma parte del derecho a la vida privada, sino también al afirmar la obligación de diligencia debida del Estado español que debía garantizar el disfrute del derecho del demandante al respeto de su vida privada en virtud del artículo 8 del Convenio.

---

5 Véase también la Resolución 28/13, de 7 de abril de 2015 (A/HRC/RES/28/13) y la Resolución 34/15, de 11 de abril de 2017 A/HRC/RES/34/15

6 STEDH, *Guillot contra Francia*, nº 22500/93, 24 de octubre de 1993

7 STEDH, *Johansson contra Finlandia*, nº 10163/02, 6 de septiembre de 2007

8 STEDH, *Cusan y Fazzo contra Italia*, nº 77/07, 7 de enero de 2014

9 STEDH, *Guillot contra Francia*, nº 22500/93, 24 de octubre de 1993

10 STEDH, *Johansson contra Finlandia*, nº 10163/02, 6 de septiembre de 2007

11 STEDH, *Cusan y Fazzo contra Italia*, nº 77/07, 7 de enero de 2014



# REALINEANDO LA DOCTRINA GONZALEZ CARREÑO: LA SENTENCIA 5520/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2023.

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA\*

## I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

El 29 de noviembre de 2023, el Tribunal Supremo dictaba una sentencia importante por las expectativas que, desde hace años, reviste la –falta de– ejecución de las decisiones de los Comités de Naciones Unidas contra España y los vaivenes experimentados con ese propósito.

A continuación, se expondrán brevemente los hechos, las cuestiones jurídicas más relevante y las conclusiones.

El asunto objeto de pronunciamiento concierne a un niño con discapacidad y su escolarización en el contexto del derecho a una educación inclusiva y la vulneración de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de 2006<sup>1</sup>. En su caso, todos los controles internos destinados a garantizar la misma, fallaron.

Ni los supervisores docentes ni los directores del centro dieron una respuesta satisfactoria a las solicitudes de investigación instadas por la familia desde 2009 a propósito de los comportamientos de algunos profesores. Entre los que se incluían: manifestaciones de rechazo al alumno, agresiones verbales y físicas y la negativa a enseñar al niño en un centro de educación ordinaria, así como intentos de trasladarlo a centros de educación especial. Tampoco las autoridades escolares ofrecieron una respuesta adecuada a las solicitudes de mantenimiento de los recursos imprescindibles para mantener al niño en una escuela ordinaria<sup>2</sup>.

En 2011, la Dirección Provincial de Educación estableció la escolarización del niño en un centro de educación especial<sup>3</sup>. Los padres recurrieron la decisión alegando vulneración de los artículos 10, 14, 15 y 27 de la Constitución y solicitando su reinscripción en un centro público ordinario. El Tribunal desestimó el recurso al considerar que la decisión quedaba justificada por las particulares características del niño y porque no había recursos disponibles. El Tribunal

---

\* Alberto Delfín Arrufat Cárda es Profesor Permanente Laboral de Derecho Internacional Público en la Universitat Jaume I de Castellón ([aarrufat@uji.es](mailto:aarrufat@uji.es)).

Todos los enlaces electrónicos a los recursos citados han sido verificados por última vez el 12/4/2024.

1 Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (Texto del Tratado disponible en [este enlace](#). España ratificó la Convención el 3 de diciembre de 2007. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008. Texto disponible en [este enlace](#).

2 Paras. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 y 2.5 Dictamen del CRPD No. 41/2017 (CRPD/C/23/D/41/2017) de 30 de septiembre de 2020. Texto íntegro en inglés accesible en [este enlace](#).

3 Para. 2.8 Dictamen del CRPD No. 41/2017 (CRPD/C/23/D/41/2017) de 30 de septiembre de 2020. Texto íntegro en inglés accesible en [este enlace](#).

Superior de Justicia rechazó el recurso y consideró que la matriculación de un niño con discapacidad en una escuela especial no puede considerarse discriminatoria. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional también fue desestimado<sup>4</sup>.

Cuatro meses más tarde, los padres presentaron una demanda ante el TEDH donde reclamaban la condena de España por vulneración del artículo 14 CEDH; la demanda fue declarada inadmisibile. El 2 de mayo de 2017 presentaron una comunicación individual ante el Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo de 2006<sup>5</sup>. España se opuso, pero escasamente cuestionó su admisibilidad, tampoco la falta de agotamiento de los recursos internos. El examen del fondo concluyó en la condena de España<sup>6</sup> y en la exigencia de proporcionar el reembolso de las costas judiciales, una indemnización, un programa de formación profesional verdaderamente inclusivo, una investigación eficaz de los abusos y discriminación padecidas; sin olvidar el deber de reconocer públicamente la vulneración de los derechos y la publicación de la decisión condenatoria<sup>7</sup>.

En 2021, las víctimas<sup>8</sup> incoaron reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración sobre la base del Dictamen emitido por el Comité que no fue atendido por presunto silencio negativo de la Administración; en 2022, iniciaron un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para recurrir el rechazo por silencio administrativo negativo que, igualmente, resultó infructuoso<sup>9</sup>. Entonces las víctimas presentaron un recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

## II. CUESTIONES JURÍDICAS.

El 29 de noviembre de 2023, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admitía el recurso y anulaba la sentencia dictada por la Audiencia Nacional<sup>10</sup>. El valor de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo se sitúa en dos aspectos

---

4 Para. 2.7, 2.8, 2.10, 2.11, 2.12, 2.13 Dictamen del CRPD No. 41/2017 (CRPD/C/23/D/41/2017) de 30 de septiembre de 2020. Texto íntegro accesible en este enlace.

5 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Texto íntegro accesible en este enlace. Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Texto íntegro accesible en este enlace. BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008. Texto íntegro accesible en este enlace

6 España fue condenada por vulneración de los artículos 7, 15, 17, 23 y 24 de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (Texto del Tratado disponible en [este enlace](#)).

7 Párr. 9 C.a) i, ii, iii, iv) v) Dictamen del CRPD No. 41/2017 (CRPD/C/23/D/41/2017) de 30 de septiembre de 2020. Texto íntegro accesible en este enlace.

8 Conviene señalar que los padres del niño decidieron no llevarlo a la Centro de Educación Especial, por lo que la Fiscalía denunció a los progenitores por abandono del menor. Posteriormente, el juez desestimó el delito. El padre firmó junto al hijo la Comunicación individual ante el CRDP.

9 SAN 5467/2022 de 17 de noviembre de 2022. Texto íntegro accesible en este enlace.

10 STS 5520/2023 de 29 de noviembre de 2023. Texto íntegro accesible en este enlace.

esenciales: el primero a propósito del carácter vinculante de los dictámenes del Comité y el segundo sobre la posibilidad de revisar sentencias sobre las que hubiera recaído cosa juzgada.

En relación con la primera cuestión, la Sala del Tribunal Supremo considera un hecho incontrovertido que no existe un cauce procedimental específico que permita instar el cumplimiento de las Decisiones de los Comités de monitorización de tratados de DDHH de la ONU, lo que impide exigir autónomamente su cumplimiento<sup>11</sup>. Por ello, estima el Dictamen como presupuesto habilitante para formular una reclamación patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia con independencia de la responsabilidad que resulte procedente en cada caso y, sin perjuicio de otros cauces que pudieran plantearse<sup>12</sup>. Sostiene esta posición en el carácter vinculante que la Convención –ex artículo 4.1– y reforzado por el Protocolo Facultativo respecto de las decisiones del CDPD –ex artículo 1-<sup>13</sup>; también en el obligado cumplimiento del artículo 9.3 CE en la medida en que los Tratados forman parte del ordenamiento jurídico interno y en el hecho de que las decisiones se han producido en el marco de un procedimiento aceptado por España y del que ha podido participar con plenas garantías. Finalmente, porque privar de efecto a la Decisión del Comité constituye un vaciamiento del alcance real y efectivo de la Convención. Con ello se separa del reciente pronunciamiento del propio tribunal, (STS 786/2023 de 13 de junio de 2023) que consideraba los dictámenes del CAT meras observaciones, recomendaciones y declaraciones destinadas a evitar futuras lesiones de derechos dotadas únicamente de “cierto valor jurídico” como meros “indicadores relevantes” del cumplimiento por parte del Estado<sup>14</sup>.

Sobre la segunda cuestión, hace girar el interés casacional en torno a la idea de determinar si la reparación y el cumplimiento de las prescripciones de la Decisión de los Comités de la ONU supone revisar resoluciones judiciales firmes. El Tribunal Supremo afirma que no hay vulneración del principio de cosa juzgada ni revisión de resoluciones firmes en aquellos supuestos en que la reclamación por responsabilidad patrimonial se apoye en las conclusiones y obligaciones que al Estado le impone el Dictamen del Comité. Sostiene su posición en que el Estado no había aportado evidencias de haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento al Dictamen; también en que la Sala que, en su día desestimó la demanda que pretendía recurrir el traslado del niño a un centro de educación especial, no se pronunció con suficiente profundidad ni sobre varios de los aspectos referidos por el CRPD. De todo ello, estima que no puede concluirse que nos encontrásemos ante un supuesto de cosa juzgada. Con ello la sentencia evita discutir otros pronunciamientos recientes de la jurisdicción española que niegan la posibilidad de revisión de sentencias firmes por alegación de Decisiones dictadas por Comités de monitorización de cumplimiento de tratados de derechos humanos<sup>15</sup>.

---

11 FJ 7º STS 5520/2023 de 29 de noviembre de 2023. Texto íntegro accesible en este enlace.

12 FJ7º 2) STS 5520/2023 de 29 de noviembre de 2023. Texto íntegro accesible en este enlace.

13 Art. 4.1 Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (Texto del Tratado disponible en [este enlace](#) y Art. 1 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Texto íntegro accesible en este enlace.

14 STS 786/2023 de 13 de junio de 2023, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 2842/2023 Texto disponible en [este enlace](#).

15 Entre otras, STS 401/2020, de 12 de febrero de 2020, de la Sala Especial. Texto disponible en [este enlace](#).

Por ello, el Tribunal Supremo casa la sentencia, pero ordena la retroacción de actuaciones para que la Sala de instancia realice una apreciación sobre el resto de los presupuestos necesarios que configuran la responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia y, en su caso, una valoración<sup>16</sup>.

En todo caso, el Tribunal Supremo ofrece con ello, una solución incompleta que ahora sabemos insuficiente porque a fecha de entrega de este comentario, ya conocemos que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha concluido que no se dan los presupuestos necesarios para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia estimando que no se acredita suficientemente que el daño pueda imputarse causalmente a la Administración.

La Sala considera que el dictamen de la ONU no ha considerado las declaraciones de hechos y la valoración de las pruebas que realizaron los tribunales competentes en España, no consideraron los hechos ni las pruebas reflejadas en las sentencias firmes.

Además, la Audiencia no aprecia la existencia de daño dado que “todas las actuaciones desarrolladas fueron encaminadas a su mejor desarrollo en atención a las circunstancias personales” lo que implicaba “una educación específica” y actuaciones dirigidas a la modificación de su conducta. Lo contrario, sostiene la Sala, supondría dotar al CRDP de una competencia jurisdiccional de la que carece”. Además, la sentencia estima –en coincidencia con el voto particular expresado en la sentencia analizada– que los demandantes debieron utilizar la vía del error judicial prevista en el artículo 293 de la LOPJ y no la del funcionamiento anormal de la Justicia.

### III. CONCLUSIONES.

La sentencia analizada presenta un indudable valor al afirmar de manera inequívoca el carácter obligatorio y vinculante de los dictámenes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y por extensión del resto de Decisiones adoptadas en los Comités de monitorización del cumplimiento de tratados de derechos humanos de la ONU en el marco de los mecanismos de comunicaciones individuales aceptados por España; también por romper la excepcionalidad del Asunto González-Carreño.

La solución judicial ofrecida por el Tribunal Supremo es perfectamente encuadrable dentro del artículo 4 de la Convención y constituye una medida de última instancia, de emergencia ante un incumplimiento identificado por el Comité y susceptible de perpetuarse –no reparado–. Sin embargo, su reenvío de nuevo a la Sala de instancia –con su nueva negativa a considerar la responsabilidad patrimonial– evidencia su alcance limitado.

---

16 FJ 8º FJ 7º STS 5520/2023 de 29 de noviembre de 2023. Texto íntegro accesible en este enlace.



# LA CELEBRACIÓN DE UN NUEVO JUICIO COMO REPARACIÓN EN LOS CASOS DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL (STC 9/2024, DE 17 DE ENERO)

VANESA MENÉNDEZ MONTERO\*

## I. HECHOS

El día 17 de enero de 2024, el Tribunal Constitucional puso fin a una controversia que comenzó hace más de una década con la SAN 22/2011, de 16 de septiembre, de cuyo desarrollo nos hicimos eco en una crónica anterior<sup>1</sup>. En dicha crónica, analizamos la STS 629/2020, de 15 de diciembre, dictada como consecuencia de la declaración de nulidad de la primera sentencia casacional, la STS 351/2012, de 7 de mayo. Dicha nulidad fue instada por los recurrentes en un recurso extraordinario de revisión para la ejecución de la STEDH de 6 de noviembre de 2018<sup>2</sup>. En ésta, el TEDH declaró la violación del derecho de los demandantes a un juez imparcial durante el procedimiento sustanciado ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Al interponer el recurso extraordinario de revisión, no obstante, los recurrentes no solicitaron la declaración de nulidad de la SAN 22/2011, de 16 de septiembre, sino de la sentencia casacional, la STS 351/2012, de 7 de mayo.

Declarada la nulidad de la STS 351/2012, de 7 de mayo, y reabierto así el trámite casacional, el Tribunal Supremo dictó la STS 629/2020, de 15 de diciembre, en virtud de la cual anuló la sentencia condenatoria de instancia –SAN 22/2011, de 16 de septiembre– y acordó la retroacción de las actuaciones al momento anterior al juicio oral. Sin embargo, la decisión de retrotraer las actuaciones, habiéndose ejecutado y cumplido las penas impuestas por la sentencia casacional, llevó a los recurrentes a presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por una presunta vulneración del principio *ne bis in idem* procesal y, en consecuencia, una lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE). En su STC 9/2024, de 17 de enero, analizada a continuación, el Tribunal Constitucional estima la pretensión de los recurrentes, aunque con unos efectos jurídicos distintos a los deseados por éstos.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El presente recurso de amparo trata de resolver una cuestión compleja que nunca antes se había planteado, a saber: en el caso de que los recurrentes/condenados hayan visto vulnerado

---

\* Profesora Ayudante Doctora del Área de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid ([Vanesa.menendez@uam.es](mailto:Vanesa.menendez@uam.es)).

1 Véase “Crónica de Derecho internacional público”, *REEI*, nº 41, 2021, pp. 35-38.

2 El recurso extraordinario de revisión fue resuelto por la STS 426/2020, de 27 de julio.

su derecho a un juez imparcial, se discute si un segundo enjuiciamiento penal –como remedio por la vulneración de sus derechos fundamentales–, constituye un acto contrario al principio *ne bis in idem* procesal, teniendo en cuenta que los propios recurrentes/condenados no solicitaron dicho enjuiciamiento en el recurso extraordinario de revisión y que las penas impuestas en casación ya habían sido íntegramente cumplidas.

La interdicción del doble enjuiciamiento penal no se encuentra expresamente reconocida en la Constitución Española. Sin embargo, una interpretación conforme con el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH y el artículo 14.7 del PIDCP permite incluir este extremo en el artículo 24.1 de la CE<sup>3</sup>. En cuanto a su alcance, el Tribunal Constitucional diferencia entre dos supuestos, dependiendo de si se han vulnerado derechos sustantivos o derechos procesales de las partes. Al tratarse, en el caso concreto, de la vulneración del derecho al juez imparcial de los recurrentes/condenados, el Tribunal Constitucional centra su atención en este último supuesto.

Como regla general, el Tribunal Constitucional establece que, en aquellos casos en los que hayan existido vicios procedimentales *graves* sufridos por las partes acusadoras, la anulación de la sentencia y la repetición del juicio proporcionan una tutela jurídica adecuada. Ahora bien, si no se han vulnerado las más elementales garantías procesales, la retroacción de las actuaciones puede llegar a constituir una vulneración del principio *ne bis in idem* procesal. Por ello, ante la posibilidad de ordenar la celebración de un nuevo juicio, el Tribunal Constitucional exige que se lleve a cabo un juicio específico de ponderación<sup>4</sup> en el que se tengan en cuenta, de un lado, la solicitud de los condenados<sup>5</sup> y, de otro lado, el *efecto útil* de la reapertura del procedimiento para quienes hayan sufrido la lesión del derecho a un juez imparcial (FJ 3, para. A).

En relación con el primer elemento, el Tribunal Constitucional se hace eco de la STEDH de 6 de noviembre de 2018, en la que el Tribunal Europeo recuerda que “la forma más apropiada de reparación sería, en principio, celebrar un nuevo juicio o reabrir el caso, *a solicitud de la persona interesada*”<sup>6</sup>. Es decir, la celebración de un nuevo juicio en casos de vulneración del derecho a un juez imparcial se configura como una suerte de derecho subjetivo de la víctima, que puede decidir entre solicitar dicha reparación o atenerse a una satisfacción suficiente<sup>7</sup>. Los recurrentes en amparo hicieron uso de esta posibilidad y solicitaron al Tribunal Supremo la anulación de la STS 351/2012, de 7 de mayo. Es decir, no instaron la nulidad del proceso originario en el que se cometió la vulneración del derecho a un juez imparcial, sino la nulidad de la sentencia casacional que desestimó el motivo relativo a la violación del artículo 24.1 de la CE en primera instancia.

3 Véase, a modo de precedente, la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3, para. (d).

4 Véase la STC 23/2016, 15 de febrero, en la que se exige este ejercicio de ponderación al reconocer la posibilidad de que la reparación consistente en la declaración de nulidad y retroacción de las actuaciones entre en conflicto con otros derechos, bienes y valores dignos de tutela (FJ 3).

5 Al respecto, el Tribunal Constitucional menciona la jurisprudencia del TEDH en la resolución de casos similares en los que discute la compatibilidad entre la celebración de un nuevo juicio y el artículo 4.2 del Protocolo núm. 7 del CEDH. Véanse, SSTEDH, asunto *Öcalan c. Turquía* (no. 46221/99), de 12 de mayo de 2005, párr. 210; asunto *Sedjovic c. Italia* (no. 56581/00), de 1 de marzo de 2006, párr. 125.

6 STEDH, asunto *Otegi Mondragón y Otros c. España* (nos. 4184/15, 4317/15, 4323/15, 5028/15, 5053/15), de 6 de noviembre de 2018, párr. 74 [énfasis añadido].

7 En el Derecho español, esta solicitud debe trascurrir por el cauce del artículo 954.3º de la LECrim.

Así, se plantea la cuestión de si, y hasta qué punto, las víctimas de la vulneración del derecho a un juez imparcial pueden disponer de su derecho a una reparación justa que consista en una mera declaración de nulidad sin la celebración de un nuevo juicio. En este caso particular, si se atendiera a la *reparación subjetiva* de los recurrentes, se llegaría a un resultado anómalo: éstos habrían cumplido varias penas como consecuencia de unos hechos sobre los que no existe un pronunciamiento definitivo en Derecho, lo cual equivale, materialmente, a un pronunciamiento absolutorio que no guarda correlación con la lesión que debe ser reparada. No obstante, la solución propuesta por el Tribunal Supremo, consistente en declarar la nulidad de la sentencia casacional y que una nueva sentencia declare la nulidad de la sentencia de instancia y la retroacción de las actuaciones, supone ignorar la oposición expresa de los recurrentes a la celebración de un segundo enjuiciamiento.

Frente a esta disyuntiva, el Tribunal Constitucional comienza por reconocer que la reparación solicitada por los recurrentes en ejecución de la STEDH de 6 de noviembre de 2018 se planteó de modo “sumamente equívoco” (FJ 5). Los recurrentes no solicitaron una satisfacción equitativa, tal y como sugirió el TEDH<sup>8</sup>, ni tampoco la nulidad de la sentencia de instancia sin retroacción de las actuaciones. Los recurrentes solicitaron una reparación de la que lógicamente se derivaban la declaración de nulidad de la primera sentencia de casación y la reapertura de dicho trámite, el cual culminó con la declaración de nulidad de la sentencia de instancia y la celebración de un nuevo juicio. No obstante, el Tribunal Constitucional introduce una excepción a este segundo enjuiciamiento si con ello los recurrentes, víctimas de la vulneración de su derecho a un juez imparcial, no logran obtener un *efecto útil* del mismo.

El Tribunal Constitucional define este *efecto útil* de tal forma que la repetición de un procedimiento no puede desbordar los límites de la reparación por la vulneración de un derecho fundamental e imponer un gravamen desproporcionado a las víctimas. En este sentido, sostiene que la repetición del juicio depende de que las víctimas puedan obtener un *efecto útil* de dicho proceso, es decir, que puedan evitar la condena y la imposición de una pena. De esta manera, el Tribunal Constitucional descarta que la repetición del juicio sea un mecanismo de reparación automático, ya que depende de las circunstancias concretas y de la carga que pueda suponer para el sujeto agraviado. Por ello, permite que el condenado por un juez parcial acepte la condena y renuncie a solicitar la reapertura del juicio si con ello pretende evitar el riesgo de un segundo enjuiciamiento que conduzca a la imposición de una pena más gravosa (FJ 4).

En aplicación de esta excepción, el Tribunal Constitucional reconoce que la decisión de celebrar un nuevo juicio resulta manifiestamente desproporcionada en aquellos casos en los que se trate de reparar el derecho a un juez imparcial, siempre y cuando se den dos condiciones. En primer lugar, debe ser la parte acusada quien haya sufrido el vicio esencial del procedimiento; siendo ésta, por lo tanto, quien tiene la necesidad de obtener una reparación. En segundo lugar, las penas impuestas por una sentencia firme anterior a la declaración de nulidad han de haber sido íntegramente cumplidas. Solo en estos casos, el Tribunal Constitucional considera que la repetición del juicio oral debe considerarse materialmente como un segundo enjuiciamiento contrario al principio *ne bis in idem* procesal.

---

8 STEDH, asunto *Otegi Mondragón y Otros c. España*, párr. 75.

En consecuencia, y como respuesta a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que la celebración de un segundo enjuiciamiento supone en este caso, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de la STS 692/2020, de 15 de diciembre en su totalidad sin retroacción alguna. El Tribunal Constitucional considera así que la satisfacción derivada de la STEDH de 6 de noviembre de 2018 constituye una reparación suficiente, careciendo de *efecto útil* la celebración de un nuevo trámite de casación. Esta decisión supone el mantenimiento del efecto de cosa juzgada de la condena establecida en la primera sentencia casacional –STS 351/2012, de 7 de mayo–, íntegramente cumplida por los recurrentes<sup>9</sup>, con el complemento de la declaración del TEDH sobre la vulneración del derecho a un juez imparcial. En suma, el Tribunal Constitucional llega a una solución intermedia por la que estima la pretensión de los recurrentes/condenados, sin que ello suponga un pronunciamiento materialmente absolutorio, vedando así la posibilidad de que éstos reclamen una indemnización del Estado.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

De la STC 9/2024, de 17 de enero, pueden extraerse dos lecciones. De un lado, el Tribunal Constitucional establece que, en casos de violación de derechos fundamentales procesales, las víctimas pueden elegir si recurren a la nulidad de la sentencia condenatoria y la reapertura del procedimiento o si, por el contrario, se atienen a una mera satisfacción. En el primero de los casos, no obstante, los tribunales deben velar por que la retroacción de las actuaciones no vulnere el principio *ne bis in idem* procesal, para lo cual deben llevar a cabo un ejercicio específico de ponderación. Por otro lado, el Tribunal Constitucional sienta un precedente respecto de este ejercicio de ponderación al requerir que los condenados/víctimas soliciten la celebración de un nuevo juicio y que éste surta un *efecto útil* para aquéllos. La apreciación de este segundo elemento depende, sin embargo, de que exista la posibilidad de evitar las consecuencias negativas derivadas del proceso en el que se lesionó el derecho fundamental objeto de reparación. En el caso que nos ocupa, esta doctrina ha supuesto volver a la decisión que tomó el Tribunal Supremo hace doce años, lo cual resta toda utilidad a los procedimientos que tuvieron lugar tras la STEDH de 6 de noviembre de 2018. De ahí la importancia de recordar que el recurso extraordinario de revisión para la ejecución de las sentencias del TEDH “solo resulta procedente cuando los efectos de la vulneración persisten y no pueden ser reparados de ningún otro modo” (FJ 6), circunstancia que, en este asunto, dejó de tener lugar en febrero de 2021.

---

9 Este extremo es objeto de críticas en el Voto particular de los Magistrados Dña. Inmaculada Montalbán Huertas, D. Ramón Sáez Valcárcel, Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga y Dña. Laura Diez Bueso. Según éstos, los efectos del presente fallo se extienden de manera injustificada a la STS 426/2020, de 27 de julio, la cual no fue objeto de amparo ni de impugnación. Asimismo, recuerdan que el hecho de que formalmente no exista un pronunciamiento sobre la pretensión de la acusación no equivale a una absolución material; simplemente supone que el Estado ya no puede proceder a un segundo enjuiciamiento de los hechos por las garantías constitucionales que asisten a los condenados.

# CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**POR J. M. FONTANELLES MORELL, M. HERRANZ BALLESTEROS,  
R. LAFUENTE SÁNCHEZ Y E. RODRÍGUEZ PINEAU**

**COORDINADA POR B. AÑOVEROS TERRADAS\***

## SUMARIO:

LOS PRINCIPIOS SUBYACENTES AL REGLAMENTO DE SUCESIONES. A PRO-  
PÓSITO DE LA STJUE DE 12 DE OCTUBRE DE 2023 (C-21/22: OP)

POR J. M. FONTANELLES MORELL..... pp. 463-475

IMPACTO DE LA ELECCIÓN DE TRIBUNAL EN LA INTERNACIONALIDAD DE  
LAS SITUACIONES (STJUE DE 24 DE FEBRERO DE 2024, C-566/22)

POR M. HERRANZ BALLESTEROS..... pp. 477-484

CONVENIO DE LA HAYA DE 1971 VERSUS REGLAMENTO ROMA II (ARTÍCULO  
4): ¿ATRAPADOS EN EL TIEMPO? (NOTA A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA  
PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SECCIÓN 3ª, NÚM. 442/2023 DE 14 DE SEP-  
TIEMBRE)

POR R. LAFUENTE SANCHEZ ..... pp. 485-491

FORUM NON CONVENIENS Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES  
(SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE (SALA 4ª), DE  
13 DE JULIO DE 2023 EN EL ASUNTO C-87/22, T.T.)

POR E. RODRÍGUEZ PINEAU..... pp. 493-498

---

\* B. Añoberos Terradas, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona



# LOS PRINCIPIOS SUBYACENTES AL REGLAMENTO DE SUCESIONES. A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 12 DE OCTUBRE DE 2023 (C-21/22: OP)\*

JOSEP M. FONTANELLAS MORELL\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

El caso resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE] en su Sentencia de 12 de octubre de 2023<sup>1</sup> tiene una historia insólita, porque no es común que un asunto sea reformulado ante la Corte europea al no haber brindado ésta una respuesta sobre el fondo cuando lo había examinado por primera vez. Efectivamente, el supuesto de autos ya fue planteado antes al Tribunal de Luxemburgo por un notario adjunto ejerciente en Krapkowice (Polonia), el cual, en agosto de 2020<sup>2</sup>, le elevó dos cuestiones prejudiciales (las mismas que constituyen el objeto de la resolución ahora analizada), sobre las que el TJUE no se acabó pronunciando, porque estimó manifiestamente inadmisibles las peticiones del notario, que, en su opinión, no podía ser calificado de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE<sup>3</sup>. Habida cuenta de la imposibilidad de esta vía de acceso al Tribunal de Justicia, OP, una ciudadana ucraniana residente en Polonia en donde era copropietaria de un inmueble y que deseaba testar con arreglo a su ley nacional, recurrió la negativa del notario polaco a autorizar el testamento requerido ante el *Sąd Okręgowy w Opolu* (Tribunal Regional de Opole, Polonia), que, a la vista de las dudas suscitadas, acordó suspender el procedimiento y remitir al Tribunal de Luxemburgo dos cuestiones prejudiciales concernientes al Reglamento (UE) n. 650/2012<sup>4</sup>: «1) ¿Debe interpretarse el artículo 22 del Reglamento en el sentido de que una persona que no sea ciudadana de la Unión Europea está autorizada a elegir su ley nacional como ley que regirá la totalidad de la sucesión? [y] 2) ¿Debe interpretarse el artículo 75 del Reglamento en relación con el artículo

\* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de investigación PID2020-112609GB-I0.

\*\* Profesor agregado de Derecho internacional privado de la Universitat de Lleida.

1 Asunto C-21/22 (OP, ECLI:EU:C:2023:766).

2 Asunto C-387/20 (OKR, DOUE, C 53, de 15 de febrero de 2021, pp. 15-16).

3 Auto de 1 de septiembre de 2021 (C387/20, OKR, ECLI:EU:C:2021:751). Por mucho que no repercute directamente en la temática del actual comentario, no nos resistimos a reiterar la reflexión, explicitada en otra ocasión [«Las principales conexiones del Reglamento 650/2012 por vez primera ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *REEI*, 42 (2021-2), pp. 8-9, nota 22], en relación con el Auto OKR, al hilo de cuyo tenor nos preguntábamos, «¿es lógico (y coherente) que, cuando un notario investido del carácter de “órgano jurisdiccional” que le otorga el art. 3.2 del Reglamento 650/2012 albergue, al aplicarlo, alguna duda interpretativa sobre el mismo no pueda formular una cuestión prejudicial al TJUE, porque, en el ámbito del art. 267 TFUE, no es reputado un “órgano jurisdiccional”?».

4 Reglamento (UE) n.º 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, L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134; corrección de errores, L 344, de 14 de diciembre de 2012, p. 3; L 60, de 2 marzo de 2013, p. 140; L 243, de 23 de septiembre de 2019, p. 9).

22 del citado Reglamento en el sentido de que cuando un tratado bilateral que vincula a un Estado miembro con un tercer Estado no regule la elección de la ley para una sucesión, pero sí designe la ley aplicable a una sucesión, podrá un ciudadano de dicho tercer Estado que resida en un Estado miembro que se encuentre vinculado por el citado tratado bilateral elegir la ley aplicable?»<sup>5</sup>. A partir de ahora, en los apartados que vienen a continuación [II y III], vamos a revisar la respuesta proporcionada por el TJUE a cada una de estas preguntas; después [IV], nos ocuparemos de valorar críticamente su contenido; y, por último [V], haremos unas breves consideraciones finales.

## II. EL ALCANCE PERSONAL DE LA *PROFESSIO IURIS*

La primera cuestión planteada, la de si el ejercicio de la facultad de elegir limitadamente la ley sucesoria queda reservada a los nacionales de los Estados miembros o se extiende a los ciudadanos extracomunitarios<sup>6</sup>, la contesta el Tribunal de Justicia optando –como no podía ser de otro modo– por la alternativa amplia: «un nacional de un tercer Estado que reside en un Estado miembro de la Unión puede designar como ley que habrá de regir su sucesión en su conjunto la ley de ese tercer Estado»<sup>7</sup>. En apoyo de su lectura, el TJ recurre a dos argumentos<sup>8</sup>: por un lado, el gramatical, pues el inicio del art. 22.1 RS –«*Cualquier* persona podrá designar ...»<sup>9</sup>– es, en este sentido, inequívocamente nítido; por otro lado, el sistemático, ya que, para corroborar el valor del significado literal de la anterior disposición, la decisión invoca dos considerandos –el 38, que, al aludir a que el instrumento tiene que propiciar la planificación sucesoria, identifica como destinatario de esta directriz de política legislativa «a todo “ciudadano”, y no solo a los ciudadanos de la Unión»<sup>10</sup>, y el 57, que excluye el juego del reenvío los «casos en que el causante haya hecho la elección de la ley en favor de la ley de un tercer Estado»<sup>11</sup>–, así como tres preceptos del Reglamento 650/2012 –el art. 20, que consagra su aplicación universal, a saber, que la legislación por él designada «se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro»<sup>12</sup> (también cuando la aplicación de dicha ley extracomunitaria sea fruto de una *professio iuris* hecha por un ciudadano de un tercer Estado); y los arts. 5 y

5 Sentencia *OP*, apdo. 15.

6 Pregunta que había merecido poca atención por parte del Abogado General, el Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, que le dedicó solamente una nota de sus conclusiones –la 4–, en la que afirmaba que la duda del órgano judicial remitente, basada en una desafortunada redacción de varios considerandos del Preámbulo del Reglamento Sucesorio, no tenía razón de ser, porque las alusiones en ellos a “ciudadanos” o, incluso, en algunas versiones, a “ciudadanos europeos” no podían entenderse como excluyentes «de los nacionales de terceros Estados a cuya sucesión, por un motivo u otro, deba aplicarse el Reglamento n.º 650/2012», ya que otra interpretación «no solo iría en contra de la literalidad de su artículo 22, sino también de otras disposiciones, como el artículo 20, que declaran su carácter universal».

7 Sentencia *OP*, apdo. 24.

8 Adoptamos la manera de afrontar la cuestión seguida por RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., “*Professio iuris* y relación de fuentes en el Reglamento (UE) 650/2012”, *La Ley Unión Europea*, n.o 120, diciembre de 2023, p. 3.

9 La cursiva es nuestra.

10 Sentencia *OP*, apdo. 23.

11 Sentencia *OP*, apdo. 21.

12 *Ibidem*.



6, los cuales, al referirse a la validez de los acuerdos de elección de foro tras una designación de ley por parte del causante y a la abstención, en tales hipótesis, de los tribunales que, a falta de elección, hubieran de haber conocido del asunto, exigen, en ambos supuestos, que la ley elegida sea la de un Estado miembro, lo cual únicamente cobra sentido «si existe la posibilidad de elegir una ley que no sea la de un Estado miembro» y «si no se trata de la ley de un Estado miembro, sólo puede tratarse de la ley de un tercer Estado»<sup>13</sup>.

### III. LA RELACIÓN ENTRE EL REGLAMENTO 650/2012 Y LOS CONVENIOS BILATERALES

Mayor enjundia tiene la segunda pregunta formulada por el *Sąd Okręgowy w Opolu* al Tribunal de Justicia: «en esencia, si el artículo 75 del Reglamento n.o 650/2012, en relación con su artículo 22, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un Estado miembro de la Unión ha celebrado con un tercer Estado, antes de la adopción de este Reglamento, un convenio bilateral que designa la ley aplicable en materia de sucesiones y no prevé expresamente la posibilidad de designar otra, un nacional de ese tercer Estado que reside en tal Estado miembro puede designar como ley que habrá de regir su sucesión en su conjunto la ley de dicho tercer Estado»<sup>14</sup>. Para abordar la cuestión, el TJ repasa, de entrada, los dos presupuestos para que, según el art. 75.1 RS, pueda hablarse propiamente de una concurrencia entre el convenio y el reglamento: «por un lado, que el Estado o Estados miembros de que se trate ya fueran parte en el convenio internacional en cuestión en el momento de la adopción de dicho Reglamento; y, por otro lado, de que ese convenio se refiera a las materias reguladas por el mencionado Reglamento»<sup>15</sup>. Si se dan las dos condiciones, como sucede en el caso de autos, son las reglas convencionales –el art. 37 del Convenio entre Polonia y Ucrania sobre Asistencia Judicial y Relaciones Judiciales en Materia Civil y Penal, de 24 de mayo de 1993, que no prevé la elección de ley–, y no las de fuente institucional –el art. 22 del Reglamento 650/2012, que consagra la *professio iuris*–, «las que, en principio, procede aplicar»<sup>16</sup>.

Ahora bien, en supuestos de confluencia normativa como el aquí analizado –que no son excepcionales, como lo demuestra su aparición reiterada, principalmente a propósito de la aplicación del Reglamento 44/2001<sup>17</sup>–, la jurisprudencia del TJ «ha declarado que el artículo que,

13 Sentencia *OP*, apdo. 22.

14 Sentencia *OP*, apdo. 25.

15 Sentencia *OP*, apdo. 26.

16 Sentencia *OP*, apdo. 27.

17 En su apdo. 29 *in fine*, la Sentencia *OP* cita el precedente que, a este respecto, puede considerarse como fundacional, el litigio zanjado por el Tribunal de Justicia el 4 de mayo de 2010 (*TNT Express Nederland*, C533/08, EU:C:2010:243, apdo. 51). Por su parte, el Abogado General menciona (nota 34), además, dos decisiones de fecha posterior (la Sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Nipponkoa Insurance*, C452/12, EU:C:2013:858 y la Sentencia de 4 de septiembre de 2014, *Nickel & Goeldner Spedition*, C157/13, EU:C:2014:2145), que versan, todas ellas, sobre la compatibilidad de las reglas del Reglamento 44/2001 y las del Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), de 1956, en lo referente a la competencia judicial, la litispendencia o el reconocimiento y la ejecución de resoluciones. A estos asuntos, debe sumarse otro, mucho más reciente, resuelto por la Sentencia de 21 de marzo de 2024 (*Gjensidige*, C-90/22, ECLI:EU:C:2024:252), en la que, una vez más, se deja constancia

en el acto del Derecho de la Unión de que se trate, rija las relaciones entre ese acto y los convenios internacionales no puede tener un alcance que contravenga los principios subyacentes a la normativa de la que forma parte»<sup>18</sup>. En el ámbito sucesorio, estos principios, que la preferente aplicación de un convenio no puede vulnerar, son los que inspiran las disposiciones del Reglamento 650/2012. De ellos, la Sentencia de 12 de octubre de 2023 enumera un par de candidatos potenciales –la autonomía de la voluntad y la unidad de la sucesión<sup>19</sup>–, pero, como, a la postre, el TJUE sólo reconoce al segundo (y aun con carácter relativo) la condición de principio subyacente al Reglamento<sup>20</sup>, en el *decisum* de la resolución se puede leer que «el artículo 75 del Reglamento n.o 650/2012, en relación con su artículo 22, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, cuando un Estado miembro de la Unión ha celebrado con un tercer Estado, antes de la adopción de este Reglamento, un convenio bilateral que designa la ley aplicable en materia de sucesiones y no prevé expresamente la posibilidad de designar otra, un nacional de ese tercer Estado que reside en tal Estado miembro no pueda designar como ley que habrá de regir su sucesión en su conjunto la ley de dicho tercer Estado»<sup>21</sup>.

#### IV. EXAMEN CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Muy poco cabe comentar de la primera cuestión que el *Sąd Okręgowy w Opolu* formula al Tribunal de Justicia y de la respuesta –obvia– con que éste le responde. No hace falta ser un experto en el Reglamento 650/2012, sino estar mínimamente familiarizado con el DIPr, para saber que cuando un instrumento tiene un carácter *erga omnes* y contiene una normativa conflictual que permite, siquiera limitadamente, la selección de la legislación aplicable puede ocurrir que la *lex electa* –que hace las veces de *lex causae*– sea la de un Estado no miembro (si el texto considerado es un reglamento europeo) o la de un Estado no contratante (si se trata de un convenio internacional). Para que proceda la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Sucesorio basta que concurren dos premisas elementales: «por una parte, que una jurisdicción de un Estado miembro sea competente y, por otra parte, que la causa esté comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (...). No se exige ninguna otra condición de aplicación *ratione personae* o *ratione loci*»<sup>22</sup>. El párrafo transcrito es especialmente significativo, porque demuestra la innecesariedad de la pregunta elevada a la Corte de Luxemburgo por el tribunal remitente, ya que el Reglamento 650/2012 no recoge ninguna limitación personal para su puesta en funcionamiento y menos aún en el sector del Derecho aplicable, puesto

---

de que la aplicación preferente del Convenio CMR respecto de un Reglamento europeo, en esta ocasión el 1215/2012, «no puede menoscabar los principios en que se basa la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión» (apdo. 45), haciéndose especial énfasis, en el supuesto examinado, en el principio de confianza recíproca (apdo. 46).

18 Sentencia *OP*, apdo. 29.

19 Sentencia *OP*, apdos. 33-34.

20 Sentencia *OP*, apdo. 34.

21 Sentencia *OP*, apdo. 38.

22 BONOMI, A., “Artículo 20. Aplicación universal”, en BONOMI A. y WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012*, traducción y adaptación al Derecho español de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. *et al.*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 241.

que, lo mismo que sucede en otros instrumentos europeos de DIPr (verbigracia, el Reglamento 1215/2012), las limitaciones por razón de la persona –caso de existir– habrían de operar –para poder ser efectivas– en el momento determinarse la competencia judicial, porque, una vez superado ese filtro, las normas de conflicto correspondientes, por ejemplo las de los Reglamentos 864/2007 y 593/2008, tienen un alcance universal.

No queremos acabar el análisis de este punto de la sentencia sin llamar la atención sobre un detalle de la misma que puede pasar inadvertido. La dialéctica pregunta desacertada-respuesta acertada, que se desprende de las consideraciones realizadas hasta ahora, no es por entero correcta, pues olvida el hecho de que, en el fallo, el TJUE introduce un matiz que no figuraba en la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional polaco. En efecto, mientras que la pregunta inquiriere *sólo* si, con arreglo al art. 22 RS, «una persona que no sea ciudadana de la Unión Europea está autorizada a elegir su ley nacional como ley que regirá la totalidad de la sucesión»<sup>23</sup>, la respuesta –el art. 22 RS «debe interpretarse en el sentido de que un nacional de un tercer Estado *que reside en un Estado miembro de la Unión Europea* puede designar como ley que habrá de regir su sucesión en su conjunto la ley de ese tercer Estado»<sup>24</sup>– *añade*<sup>25</sup> una referencia a la residencia del causante que el Tribunal Regional de Opolo no había incluido en su consulta. Cabría llegar a pensar que el *Sąd Okręgowy w Opolu* no se interesa por el tema al dar por descontada la residencia polaca de la testadora, pero lo cierto es que la respuesta del TJ es *limitativa*, pues parece decidirse por una restricción en la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento 650/2012, que se supedita a un vínculo –objetivo y personal– del causante con la Unión Europea<sup>26</sup>. Porque, en vista de la Sentencia *OP*, hay un interrogante que brota de manera espontánea, ¿el nacional de un tercer Estado que reside en otro Estado no vinculado por el instrumento puede designar como ley que habrá de regir su sucesión en su conjunto la ley del Estado de su nacionalidad? La respuesta al mismo, como resulta de lo explicado en el párrafo precedente, pasa por las reglas de competencia judicial del instrumento, las cuales en su art. 10.1.b) habilitan a las autoridades de lugar de situación de bienes de la herencia a pronunciarse sobre la totalidad de la sucesión a condición de que «el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual». Trasladada la norma al supuesto de autos, comportaría que los órganos jurisdiccionales polacos serían competentes para conocer de toda la sucesión de una ciudadana ucraniana propietaria de un inmueble sito en Polonia, por mucho que hubiera fallecido residiendo, por ejemplo, en el Reino Unido, siempre que, previamente, hubiera residido en Polonia y no hubieran transcurrido más de cinco años desde el cambio de residencia habitual. En esta sucesión, ventilada ante las autoridades polacas, una designación

23 Sentencia *OP*, apdo. 15.

24 Sentencia *OP*, apdo. 24.

25 En puridad, esta incorporación se produce desde buen principio, habida cuenta de que, tan pronto como aborda el tema (apdo. 16), el Tribunal reformula la pregunta dando entrada a la residencia habitual que no figuraba en la cuestión original.

26 Esta idea es ya apuntada por LEHMANN, D., *Ausschluss der Rechtswahl durch einen in einem EU-Mitgliedstaat wohnhaften Drittstaatsangehörigen bei nach Art. 75 EuErbVO vorrangigen Abkommen*, *ZEV*, 30 (2023-12), p. 840.

de ley verificada por la causante en favor del derecho ucraniano sería válida y eficaz de conformidad con el art. 22 RS, a pesar de que, de la lectura de la parte dispositiva de la resolución, se pudiera deducir lo contrario<sup>27</sup>.

El segundo pronunciamiento contenido en la Sentencia *OP* tiene mucha más miga, dado que el veredicto del Tribunal de Justicia se fundamenta en una serie de argumentos que, al menos en parte, se prestan a la crítica. El punto de arranque de la discusión se sitúa en la concurrencia que, desde una perspectiva polaca y para la regulación de las sucesiones *mortis causa* que impliquen a Polonia y Ucrania, existe entre el Reglamento 650/2012 y el Convenio sobre Asistencia Judicial y Relaciones Judiciales en Materia Civil y Penal, hecho en 1993<sup>28</sup>. Con arreglo al art. 75.1 RS, una posible inobservancia del instrumento comunitario y, en su lugar, la aplicación del convenio bilateral requiere el cumplimiento de dos requisitos: «que el Estado o Estados miembros de que se trate ya fueran parte en el convenio internacional en cuestión en el momento de la adopción de[1] Reglamento y (...) que ese convenio se refiera a las materias reguladas por el [mismo]»<sup>29</sup>. Dado que, en el asunto que nos ocupa, las dos condiciones se dan –porque el tratado bilateral está en vigor para Ucrania desde 1994 y porque, entre otras muchas cuestiones, disciplina las sucesiones entre ambos países (arts. 36-41)–, puede pasarse a comprobar si igualmente se satisface la exigencia complementaria que la Corte europea ha venido reclamando en casos parecidos: que el empleo de la cláusula de compatibilidad del acto del Derecho de la Unión de que se trate –por el que la aplicación del convenio adquiere preferencia–, no tenga «un alcance que contravenga los principios subyacentes a la normativa de la que forma parte»<sup>30</sup>. Éste es el momento en el que la resolución concita verdadero interés, ya que es cuando TJUE se adentra en un terreno inexplorado –como mínimo, en lo relativo al Reglamento 650/2012– y vierte razonamientos que merecen ser examinados, como se hace a continuación.

Pese a tratarse de supuestos algo distintos<sup>31</sup>, el TJ exporta, sin adaptaciones, su doctrina sobre las cláusulas de compatibilidad al caso de autos, por lo que para poder aplicarla ha de verificar

27 La misma falta de comprensión del correcto funcionamiento del Reglamento 650/2012 puede apreciarse en la recentísima Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 29 abril de 2024 (*BOE*, nº. 119, 16 de mayo de 2024, pp. 56045-56051), que se pronuncia acerca de la sucesión de un nacional británico residente en Inglaterra, con bienes sitos en España, que había otorgado un testamento, en Londres, en el que disponía *mortis causa* de los bienes que tenía en nuestro país, y en la que se discute si el causante había realizado una *professio* tácita en favor del derecho de su nacionalidad. En su argumentación, la DGSJFP invoca reiteradamente la Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023 y, a partir de ella, incorpora la siguiente frase: «No contempla el Tribunal de Justicia, en sus términos, la posibilidad de hacer valer en un Estado miembro una «*professio*» realizada en un tercer Estado por un nacional de un tercer Estado donde no es admisible la «*professio*»» (FJ 3.2, p. 56049). Dado que esta afirmación se basa en un razonamiento del TJ que, como hemos indicado antes, no es acertado, tampoco lo es, lógicamente, la lección que de él extrae el Centro Directivo.

28 Para el texto completo, *vid.* <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/57106/Part/1-57106-08000002805c4784.pdf>.

29 Sentencia *OP*, apdo. 26.

30 Sentencia *OP*, apdo. 29.

31 El Abogado General resalta que, en su jurisprudencia sobre el art. 71 R44/2001 [R1215/2012], el TJ ha limitado su proyección a «las relaciones entre los Estados miembros» (Sentencia *TNT Express Nederland*, apdo. 52) o al «seno de la Unión» (Sentencia *TNT Express Nederland*, apdos. 53-54, Sentencia *Nipponkoa*

si el recurso al art. 75 RS puede ir en detrimento de alguno de los principios inspiradores del Reglamento 650/2012. Para realizar esta tarea, el Tribunal con sede en Luxemburgo debe, primero de todo, identificar cuáles son los principios que informan el Reglamento de Sucesiones y ahí, qué duda cabe, entra en un campo minado. Hay pocos términos en el campo del Derecho que sean tan equívocos (o, si se quiere, polisémicos) como el de «principio», el cual, por otra parte, ha experimentado una proliferación en su uso de tal calibre que da la impresión de que, cuando de Derecho se trata, los principios están por doquier. Esto dificulta enormemente su reconocimiento y gradación (no todos los «principios» que aparentan serlo, lo son en realidad; y no todos los que lo son, gozan de un mismo nivel de protección en caso de conflicto<sup>32</sup>) Tomemos, a título ilustrativo, el ejemplo de la seguridad jurídica. Es indiscutible que es un «principio del ordenamiento jurídico español»<sup>33</sup> (contemplado en el art. 9.3 CE) y un «principio general del Derecho Comunitario»<sup>34</sup> o, actualmente, del Derecho de la Unión,

---

*Insurance*, apdo. 38). Por su parte, la Sentencia *Gjensidige*, en la misma línea, alude tanto a un «convenio especial del que sean parte los Estados miembros» como al «seno de la Unión» (apdo. 45). De ello, infiere el Sr. Campos Sánchez-Bordona que, acerca de la prevalencia del derecho de la Unión con respecto de los convenios internacionales con Estados terceros, el TJ «no ha tenido aún ocasión de pronunciarse» (apdo. 43); de ahí que, «[d]e existir contradicción [que, a su parecer, no la hay (apdo. 50)] entre los principios o reglas de un instrumento europeo (el Reglamento n.º 650/2012) vigente en un Estado miembro (Polonia), y los de un convenio bilateral que vincula a dicho Estado, desde antes de su adhesión a la Unión, con un Estado tercero (Ucrania), la sujeción incondicionada del Estado miembro a los principios y normas del derecho de la Unión podría no ser la respuesta correcta en todo caso» (apdo. 49). La misma orientación es seguida por una parte destacada de la doctrina española que, pensando en otros escenarios (la convivencia entre el Reglamento 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales «Roma II», y los Convenios de La Haya de 1971, sobre la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, y de 1973, sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos), defiende «una aplicación restrictiva», en otras materias, de los límites que el Tribunal de Justicia ha impuesto en la interpretación llevada a cabo hasta la fecha del art. 71 R44/2001 [R1215/2012] (DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “La interacción entre reglamentos de la Unión y convenios internacionales sobre derecho aplicable tras la STJUE en el asunto OP, C-21/22” (<https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2023/10/la-interaccion-entre-reglamentos-de-la.html>)).

- 32 Sobre la base del Derecho constitucional alemán, es clásica, al respecto, la explicación de K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción RODRÍGUEZ MOLINERO, M., 2ª ed., a partir de la 4ª ed. alemana, Ariel, Barcelona, 1980, pp. 400-408.
- 33 Así lo dice textualmente la STC 325/1994, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TC:1994:325, *BOE*, nº. 15, 18 de enero de 1995, p. 5). No falta quien plantea reputarlo un «principio de principios» o «megaprincipio», [CASTILLO BLANCO, F. A., “Seguridad jurídica y manifestaciones conexas”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 318].
- 34 Con estas palabras lo define la STJ de 20 de junio de 2002 (*Mulligan*, C-313/99, ECLI:EU:C:2002:386, apdo. 48, aunque en otros apartados de la resolución se venga a expresar lo mismo). Como la doctrina ha dicho [UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado”, *Cuadernos de Derecho Público*, 26 (2006), p. 34], en el Derecho de la Unión, el de seguridad jurídica es un principio que «se ha configurado como un como un “principio implícito”, esto es, como un principio “elaborado o construido” por el intérprete(s) autorizado», el Tribunal de Justicia, el cual, en innumerables ocasiones, ha fijado su contenido en la exigencia de «que las normas jurídicas sean claras y precisas y que *su aplicación sea previsible* para los justiciables, para que los interesados puedan conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone la normativa de que se trate y que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia» [recientemente, Sentencia

por lo que su incidencia en el DIPr institucional, en general, y en el Reglamento 650/2012, en particular, no se puede poner en cuestión. Sin embargo, ¿qué ha manifestado el Tribunal de Justicia acerca del principio de seguridad jurídica en el marco del Reglamento de Sucesiones? Poco o muy poco; apenas nada. Como tal principio, es referido en dos decisiones (las Sentencias de 9 de septiembre de 2021<sup>35</sup> y de 2 de junio de 2022<sup>36</sup>), aun cuando en ninguna de ellas se aborda la problemática del Derecho aplicable, que es el sector en donde, en consonancia con el Preámbulo del instrumento, deba esperarse que el principio tenga una repercusión especial en materia sucesoria (considerandos 37 y 48 RS<sup>37</sup>). En otro asunto, el zanjado el 30 de marzo de 2023<sup>38</sup>, el *Sofyiski rayonon sad* (Tribunal de Primera Instancia de Sofía) solicita explícitamente a la Corte europea que interprete el art. 13 RS en relación con el principio de seguridad jurídica, pero la réplica del TJ no explora este nexo. Finalmente, quedan tres litigios más, en los que la seguridad jurídica aparece de un modo u otro: por una parte, el resuelto por la Sentencia de 1 de julio de 2021, en la cual es genéricamente esgrimida para argumentar el computo del plazo de validez de una copia del certificado sucesorio europeo<sup>39</sup>; y, por la otra, los concluidos por las Sentencias de 17 de octubre de 2017<sup>40</sup> y de 12 de octubre de 2023<sup>41</sup>, en la que, sobre la base del ya citado considerando 37 RS, se apela a la seguridad jurídica para preconizar, respectivamente, la unidad de la sucesión<sup>42</sup> y el recurso a conexiones objetivas

---

TJUE de 5 de diciembre de 2023 (*Nordic Info*, C-128/22, ECLI:EU:C:2023:951, apdo. 69, las itálicas son nuestras)].

- 35 Sentencia del asunto C-422/20 (*RK*, ECLI:EU:C:2021:718), cuyo apartado 33 dice que «ni los términos del artículo 6 del Reglamento de Sucesiones ni los del artículo 7 de este contienen referencia alguna a la forma en la que el tribunal al que se haya sometido previamente el asunto debe acordar su inhibición y, en consecuencia, a la necesidad de una declaración expresa en este sentido por parte de dicho tribunal, si bien es cierto que el respeto del *principio de seguridad jurídica* implica que tal inhibición se desprenda inequívocamente de su declaración con el fin de evitar un conflicto de competencia entre este tribunal y el que sería competente en virtud del artículo 7, letra a), de dicho Reglamento» (cursivas nuestras).
- 36 En su apartado 44, dicha Sentencia (asunto C-617/20, *TN-NN*, ECLI:EU:C:2022:426), se ve impelida a señalar que, «habida cuenta del alcance limitado de la competencia del tribunal al que se refiere el artículo 13 del Reglamento n.º 650/2012, cualquier otra interpretación que pretenda limitar la validez en cuanto a la forma de una declaración relativa a la renuncia a la herencia, en concreto, supeditándola a los requisitos de forma de la ley aplicable a la sucesión, tendría como efecto privar a las disposiciones de los artículos 13 y 28, letra b), del referido Reglamento de cualquier efecto útil, así como atentar contra los objetivos del mencionado Reglamento y contra el *principio de seguridad jurídica*» (cursivas nuestras).
- 37 En los mismos se asocia la seguridad jurídica a la previsibilidad de la legislación aplicable al conjunto de la sucesión (cdo. 37) y al establecimiento de una norma específica en materia de conflicto de leyes respecto de la admisibilidad y la validez material de las disposiciones por causa de muerte (cdo. 48).
- 38 Asunto C-651/21 (*MYaM*, ECLI:EU:C:2023:277), apdo. 34.
- 39 Asunto C-301/20 (*Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank*, ECLI:EU:C:2021:528). En el párrafo 29 de la resolución, se puntualiza que «[p]or lo que respecta a la fecha de inicio del plazo de validez de dicha copia [una copia auténtica de un certificado sucesorio europeo], procede señalar que la autoridad emisora debe indicar, en el formulario V, después de la fecha de validez de la copia certificada, la fecha de su expedición. Así pues, el cálculo del período de validez debe efectuarse a partir de esa fecha, la cual garantiza la previsibilidad y la *seguridad jurídica* exigidas por lo que respecta a la utilización de dicha copia» (cursivas nuestras).
- 40 Asunto C218/16 (*Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755).
- 41 Asunto C-21/22 (*OP*, ECLI:EU:C:2023:766).
- 42 Sentencia *Kubicka*, apdo. 44.

como la residencia y la nacionalidad para determinar la ley aplicable<sup>43</sup>. Como la última de las decisiones mencionadas, la de 2023, es el objeto del presente comentario, vamos a centrar en ella el análisis del tema.

Acabamos de decir que la alusión a la seguridad jurídica en la Sentencia *OP* se hace en cuanto a las soluciones objetivas –y no respecto de la conexión subjetiva, a pesar de ser la cuestión debatida–, pero es que, además –y esto es destacable–, la seguridad jurídica no es introducida como un «principio», sino como un «objetivo»<sup>44</sup>; términos que, si bien pueden referirse a un mismo objeto, no significan ciertamente lo mismo, como el TJUE ha puesto de manifiesto en algún otro supuesto relativo al Reglamento Sucesorio<sup>45</sup>. Lo más chocante es que la sentencia no repete la seguridad jurídica como un «principio» en una resolución que gira en torno a los «principios». Sin perjuicio de que quepa imaginar –con visos de razón– que esta aparente «devaluación» pueda deberse a que, en contraste con «principios *específicos*» del Reglamento 650/2012, como el de la unidad sucesoria –de obligada mención–, la seguridad jurídica es un «principio *general*» del Derecho de la UE –no necesitado de recordatorios constantes–, lo cierto es que sorprende el enfoque del Tribunal de Justicia. La Sentencia *OP* no habla, pues, de la seguridad jurídica como principio, pero, en cambio, sí que entra a valorar, comparándolas, si la autonomía de la voluntad y la unidad de la sucesión lo son. Recuérdese la importancia de la cuestión, tal como la aborda la Corte de Luxemburgo: para averiguar la ley aplicable a la sucesión de una ciudadana ucraniana residente en Polonia con bienes raíces en este país, los órganos jurisdiccionales polacos pueden, en observancia del art. 75.1 del Reglamento 650/2012, recurrir al Convenio bilateral polaco-ucraniano de 1993, en detrimento del Reglamento de Sucesiones, siempre que la aplicación de las normas convencionales no comporten la conculcación de ninguno de los principios subyacentes al instrumento europeo. Como el Convenio de 1993 basa su regulación en un sistema de fraccionamiento que no prevé el juego de la voluntad del causante, el TJUE ha de contrastar si la unidad de la sucesión y la autonomía de la voluntad son principios inspiradores el Reglamento 650/2012, que la aplicación de las normas de conflicto del convenio bilateral pueda llegar a lesionar.

Para llevar a cabo su labor exegética, el Tribunal de Justicia examina –de modo somero y poco ordenado– si concurren las circunstancias que, tanto acerca de la unidad como en orden a la autonomía, permitan colegir que, en uno y otro caso, estamos ante principios estructurales del Reglamento 650/2012, llegando a la conclusión de que la unidad de la sucesión sí es un principio informador del instrumento –aunque relativo–<sup>46</sup>, pero que «la posibilidad de designar el Derecho aplicable a la propia sucesión» en absoluto lo es<sup>47</sup>. El primer reproche que puede hacerse a la manera de proceder del Tribunal es que atribuya o deniegue el carácter de «principio» a un potencial candidato sin precisar de qué se está hablando. Hemos apuntado antes, a propósito de la seguridad jurídica en el instrumento, las grandes dosis de evanescencia que

---

43 Sentencia *OP*, apdo. 32.

44 *Ibidem*.

45 Téngase presente el final del apartado 44 de la Sentencia *TN-NN* (*vid., supra*, nota 36), de cuyo tenor se desprende que, para el Tribunal de Justicia, los «objetivos» del instrumento deben ser diferenciados de los «principios» que lo impregnan, al menos del de seguridad jurídica.

46 Sentencia *OP*, apdo. 34.

47 Sentencia *OP*, apdo. 33.

presenta el término «principio» y los riesgos que puede llevar aparejado su «uso impropio» o su «equiparación» a voces de significado en apariencia próximo como «motivo» u «objetivo». En consecuencia, hay que preguntarse antes de nada ¿qué es un «principio», ¿qué son los «principios»? Desde una perspectiva amplia, se ha dicho que [l]os «principios generales del Derecho, en cuanto expresión de valores jurídicos materiales generalmente aceptados en una comunidad, informan todo el ordenamiento jurídico (...) o sólo un particular sector del mismo»<sup>48</sup>. De ahí que, en lo atinente al DIPr, deben distinguirse los «principios generales del Derecho internacional privado» –como el reiteradamente mentado principio de la buena fe, que es un principio general del Derecho y, paralelamente, un principio general del DIPr– de los «principios específicos del Derecho internacional privado» –que son propios de un sector concreto o de una determinada materia de las que conforman el objeto de la disciplina–. En el caso que nos incumbe, los principios sujetos a escrutinio –la unidad sucesoria y la autonomía del causante– lo son por su relación particular con el Reglamento 650/2012. Pues bien, es en este contexto que el TJ da por bueno que la unidad de la sucesión sea un principio subyacente al instrumento, pese a que admita excepciones –la sentencia cita la derivada del art. 12.1 RS, pero olvida varias más, como la resultante del reenvío (art. 34 RS) o de los regímenes sucesorios especiales para determinadas categorías de bienes por razón de su destino económico, familiar y social (art. 30), por poner dos ejemplos adicionales<sup>49</sup>, que lo convierten en un principio relativo<sup>50</sup>; en tanto que, de acuerdo con la opinión del Abogado General<sup>51</sup>, rechaza dicha conceptualización para la autonomía de la voluntad, basándose en un criterio meramente formal o nominal –en el texto, la conexión objetiva precede a la *professio iuris*, presentándose ambas disposiciones, respectivamente, como la «regla general» y una «excepción»<sup>52</sup>–. Con la salvedad de una alusión a la seguridad, no del todo acertada<sup>53</sup>, la Corte no indaga cuáles son los «valores jurídicos materiales» que informan el instrumento, porque, de haberlo hecho con un mínimo de detenimiento, habría hallado que, desde sus orígenes hasta el redactado definitivo<sup>54</sup>, la designación de la ley por parte del causante ha sido uno de los valores jurídicos que

48 GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “El sistema español de Derecho internacional privado. Formación histórica y fuentes”, en A. P. Abarca Junco (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, 1ª reimp. de la 6ª ed., UNED, Madrid, 2008, p. 82.

49 Sentencia *OP*, apdos. 34-35.

50 Sentencia *OP*, apdo. 34.

51 Conclusiones del Abogado General, apdos. 58-63.

52 Sentencia *OP*, apdo. 31.

53 En la estela del cdo. 37 RS, el apdo. 32 de la Sentencia pone de relieve que «tanto la residencia habitual como la nacionalidad constituyen puntos de conexión objetivos que coadyuvan al objetivo de seguridad jurídica de las partes en el procedimiento sucesorio que persigue el Reglamento n.º 650/2012». Aun siendo cierto que las conexiones objetivas pueden proporcionar seguridad –más la nacionalidad que la residencia habitual–, solamente la *professio iuris* (o, al menos, algunas de sus modalidades) permite, en vida del causante, obtener certeza plena sobre el derecho aplicable a su sucesión (ya G. KÜHNE, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Giesecking, Bielefeld, 1973, pp. 78-79).

54 Para no extendernos demasiado, nos limitaremos, ahora, traer a colación, por una parte, la Propuesta de Reglamento de Sucesiones de 14 de octubre de 2009 [documento COM(2009) 154 final] que dejaba claro desde el comienzo que, entre sus objetivos prioritarios, figuraba el de «permitir a las personas que residen en la Unión Europea organizar por anticipado su sucesión» (p. 2); idea que se reflejaba en el cdo. 18 [«El presente Reglamento debe propiciar que *los ciudadanos puedan organizar por anticipado su sucesión, permitiéndoles elegir la ley aplicable ...*» (p. 12)] y en el cdo. 33 [«Dado que los objetivos del presente



más decisivamente han permeado el Reglamento 650/2012. Es por esta razón que algunos de los principales comentaristas del instrumento hablan abiertamente de la autonomía de la voluntad como de uno de los «principios informadores» del mismo<sup>55</sup> y por la que algunos analistas de la Sentencia *OP* la han criticado en este punto<sup>56</sup>. Crítica a la que nos sumamos, pues somos de la opinión que la posibilidad, aunque sea limitada, de escoger la *lex hereditatis* en tanto que instrumento de planificación sucesoria, convertido, a su vez, en mecanismo proveedor de previsibilidad y de seguridad jurídica, constituye uno de los pilares esenciales sobre los que se asienta el Reglamento 650/2012.

Si lo que preocupaba al Tribunal de Justicia, en este asunto, era que un reconocimiento de la *professio iuris* como un «principio subyacente» al Reglamento Sucesorio pudiera comprometer la aplicación –abonada por el art. 75.1 RS– del Convenio bilateral polaco-ucraniano que la desconocía, tenía en su mano otras vías de conciliación menos severas que la privación de la condición de principio informador del instrumento a la autonomía del causante. Sin necesidad de llegar a la modificación o a la denuncia del Tratado entre Polonia y Ucrania, que plantea el AG como *ultima ratio* para salvaguardar la coherencia del DIPr de la UE<sup>57</sup>, antes cabría

---

Reglamento, a saber, la libre circulación de las personas, *la organización anticipada por los ciudadanos europeos de su sucesión* en un contexto internacional, los derechos de los herederos y legatarios, de las demás personas vinculadas al causante, así como de los acreedores de la sucesión ...» (p. 14)] (cursivas añadidas); por otra parte, el propio Reglamento 650/2012, que, en el segundo inciso de su cdo. 7, afirma, con total rotundidad, que, «[e]n el espacio europeo de justicia, *es imperativo* que los ciudadanos puedan *organizar su sucesión*»; mensaje que es reiterado en el cdo. 38 [«El presente Reglamento debe capacitar a los ciudadanos *para organizar su sucesión, mediante la elección de la ley aplicable a esta ...*»] así como en el cdo. 48 [«Para garantizar la seguridad jurídica a *las personas que deseen planear su sucesión*, el presente Reglamento debe establecer una norma específica en materia de conflicto de leyes respecto de la admisibilidad y la validez material de las disposiciones mortis causa ...»] (cursivas nuestras en todos los casos).

55 En primer lugar, cabe mencionar a unos de los padres científicos del Reglamento, P. LAGARDE, quien declara sin ambages que «[*l*e deuxième principe [el primero es la unidad de la sucesión] consacré par le règlement est celui de l'autonomie de la volonté» [«Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Revue critique de droit international privé*, 101 (2012-4), p. 697]. Entre los muchos autores que se han expresado en términos similares, recordaremos a A. DAVÍ [“Introduction”, en CALVO CARAVACA, A.-L. et al. (ed.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016], que consagra unas cuantas páginas (49-61) a demostrar que la «*Promotion of Certainty and Ease of Succession Planning*» es uno de los «*Key Principles of the ESR*»; a H. P. PAMBOUKIS [“Introductory Remarks”, en PAMBOUKIS, H. P. (ed.), *EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary*, Nomiki Bibliothiki, Athens, 2017], quien se refiere (pp. 7-8) al «*principle of predictability for estate planning through freedom of choice in succession matters (...) mainly achieved by a limited incorporation of professio iuris*»; y, finalmente, a A. BONOMI y P. WAUTELET, responsables del comentario más difundido sobre el Reglamento (*op. cit.* en nota 22), que, en la “Introducción” debida a A. BONOMI, incluye, entre las «ideas fuerza» de la nueva regulación, «[e]l favor por los actos de anticipación sucesoria», de los cuales la elección de la ley aplicable es, sin duda, el más importante (p. 52). Antes, en la misma sección introductoria, A. BONOMI ha resaltado que «las soluciones incorporadas en el Reglamento son, de hecho, favorables a la libertad testamentaria y a la autonomía de las partes» (p. 47); frase que es repetida, casi palabra por palabra, en otro capítulo del libro («Artículo 35. Orden público»), al recalcar que «[l]as soluciones propuestas [por el instrumento] son, en efecto, ampliamente favorables a la libertad testamentaria y a la autonomía de las partes» (p. 465).

56 Entre nosotros, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *loc. cit.* en nota 8, p. 6.

57 Conclusiones del Abogado General, apdo. 86.

arbitrar soluciones que pasarían por entender que, en el caso de autos, no existía contradicción alguna entre el Convenio bilateral y los principios incorporados al Reglamento 650/2012; lo cual, extrapolado al tema de la elección de la normativa sucesoria, implicaría interpretar el silencio del Convenio sobre la cuestión, no como una exclusión de la profesión de ley<sup>58</sup>, sino como una «indiferencia al respecto»<sup>59</sup>, que, siempre que tal exégesis fuera acorde con el Derecho internacional, dejaría a «cada Estado parte del Convenio libre para regular este punto como estim[ara] conveniente»<sup>60</sup>. No obstante, como ha señalado la doctrina especializada, esta interpretación es difícilmente sostenible, puesto que, «si el Convenio hubiera querido que el causante pudiera escoger la ley sucesoria, simplemente lo habría dicho, aunque fuera habilitando la posibilidad de tomar en consideración las soluciones de otro instrumento normativo»<sup>61</sup>.

A la vista de lo expuesto hasta ahora y aprovechando las reflexiones surgidas al hilo del debate sobre los principios subyacentes al Reglamento 650/2012, se nos ocurre un modo que permitiría mantener la operatividad del Convenio bilateral aun cuando la autonomía del *de cuius* pudiera ser reputada un principio estructural del Reglamento. Además, es la vía que el propio Tribunal de Justicia ha trazado para salvar una eventual contradicción del Tratado con el principio de unidad de la sucesión, que, para la Corte, es sin ninguna duda, uno de los principios informadores del instrumento sucesorio. Basta retener que, cuando el sistema de escisión, recogido por el Convenio polaco-ucraniano para gobernar las sucesiones, amenazaba con contravenir el principio de unidad establecido en el texto de la Unión, el TJ superaba el obstáculo argumentando que el principio de unidad era un principio, pero «relativo», porque el propio Reglamento contemplaba algún supuesto en que el mismo no regía<sup>62</sup>. ¿Por qué no hacer una interpretación semejante con respecto a la autonomía de la voluntad? Es decir, una vez reconocida a ésta su carácter de principio inspirador del Reglamento de Sucesiones, admitir su «relatividad» sobre la base de que su aplicación sufre también derogaciones, ya que hay alguna materia disciplinada por el instrumento –verbigracia, la validez formal de las disposiciones *mortis causa* (art. 27 RS)– en la que su actuación no está prevista. Si se hiciera una lectura de este tipo, ciertamente muy forzada, podría darse, igualmente en este supuesto, la compatibilidad del Convenio bilateral con un principio relativo subyacente al Reglamento 650/2012, que el Tribunal de Justicia ha validado en la resolución estudiada.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Para resumir lo manifestado acerca de la Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023, nos parece adecuado parafrasear una famosa –y apócrifa, porque dicen que nunca llegó a profe-

58 Conclusiones del Abogado General, apdo. 54.

59 Conclusiones del Abogado General, nota 74.

60 *Ibidem*.

61 RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *loc. cit.* en nota 8, p. 8. En idéntico sentido se expresa, P. BECKER («Rechtswahlmöglichkeit durch einen in einem EU-Mitgliedstaat wohnhaften Drittstaats- angehörigen bei Vorhandensein eines Staatsvertrages», *NotBZ*, 2024, p. 99), quien subraya que no puede presumirse que se trate de una laguna inconsciente.

62 Sentencia *OP*, apdos. 34-35.

rir la– ocurrencia del Dr. Samuel Johnson, cuando, ante la insistencia de un joven autor que le pedía su opinión sobre un libro que éste había escrito, el hombre de letras le contestó que su obra «era buena y original a la vez, pero que, lamentablemente, la parte buena no era original y la parte original no era buena». Ésta es la sensación que nos deja la resolución del Tribunal de Luxemburgo, pues su primera decisión es esencialmente correcta, aunque no aporte nada nuevo (de hecho, parece casi increíble que la cuestión prejudicial llegara a suscitarse); pero contiene un segundo pronunciamiento que, si bien es innovador –al interpretar por vez primera el art. 75.1 RS en relación con un Convenio bilateral entre un Estado de la Unión y un tercer Estado–, no nos parece satisfactorio en absoluto, por cuanto, para poder compatibilizar las disposiciones del Tratado con los principios estructurales del Reglamento 650/2012, no halla mejor solución que la de, en contra de lo que hubiera podido pensarse, negar la condición de principio subyacente al instrumento a la voluntad del causante. Esperemos que, en una futura ocasión, el TJUE se convenza de la necesidad de revisar esta doctrina.



# IMPACTO DE LA ELECCIÓN DE TRIBUNAL EN LA INTERNACIONALIDAD DE LAS SITUACIONES (STJUE DE 24 DE FEBRERO DE 2024, C-566/22)

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS\*

## I. INTRODUCCIÓN

La importancia de la sentencia del TJUE adoptada el 24 de febrero del 2024, (en adelante asunto *Inkreal*), es incuestionable<sup>1</sup>. De ello dan cuenta los numerosos comentarios que se publicaron inmediatamente en línea al hilo de la decisión<sup>2</sup>, poniendo de relieve, alguno de ellos, como el TJUE, sobre la base de una disputa individual, se había pronunciado en relación a una cuestión jurídica de dimensiones políticas y sociales muy amplias, así como de gran importancia económica<sup>3</sup>.

La relevancia y el interés de la decisión se confirman más aún si tenemos en cuenta la opinión diametralmente opuesta que mantuvo el Abogado General en sus conclusiones, sobre las que el TJUE no hace ninguna referencia a lo largo del pronunciamiento<sup>4</sup>.

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la UNED.

1 As. C-566/22, ECLI:EU:C:2024:123.

2 Puede consultarse online las intervenciones en el Blog de *EAPIL Online Symposium on Inkreal*: GIMÉNEZ, S., “Inkreal: Freedom of Choice Courts of EU Member States”, (publicado el 26 de febrero de 2024) <https://eapil.org/2024/02/26/inkreal-freedom-of-choice-of-courts-of-eu-member-states/>. CUNIBERTI, G., “Inkreal: By Passing National Rules Governing Jurisdiction Clauses”, (publicado el 26 de febrero del 2024, <https://eapil.org/2024/02/26/inkreal-bypassing-national-rules-governing-jurisdiction-clauses/>). DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Inkreal: A View From Madrid”, (publicado el 27 de febrero del 2024) <https://eapil.org/2024/02/27/inkreal-a-view-from-madrid/>. MUIR WATT, H., BUREAU, D., “Inkreal: Jurisdictional Barrier-crossing in Domestic Cases: Threefold Critique”, *EAPIL Blog* (publicado el 1 de marzo del 2024). <https://eapil.org/2024/03/01/inkreal-jurisdictional-barrier-crossing-in-domestic-cases-a-threefold-critique/>

3 MUIR WATT, H., BUREAU, D., *ibid.*

4 Conclusiones del Abogado General Jean Richard de la Tour presentadas el 12 de octubre de 2023, ECLI:EU:C:2023:768. El propio planteamiento de la cuestión prejudicial ya era de por sí muy relevante, véase un estudio previo a la publicación de las Conclusiones del Abogado General, así como a la resolución del TJUE en, HERRANZ BALLESTEROS, M., “Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción. Retos y desafíos para una propuesta de reforma limitada del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)”, *CDT*, (Octubre 2023), Vol. 15, Nº 2, pp. 602-628.

No es la única decisión en la que el TJUE mantiene una solución opuesta a las Conclusiones del Abogado General en un asunto donde está a debate el elemento internacional, véase la Sentencia de 30.09.2021, asunto C-296/20, sobre la misma, entre otros autores, CUARTERO RUBIO, V., “Sobre la internacionalidad sobrevenida y las normas europeas de competencia judicial internacional: Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2021, Commerzbank, C-296/20” [43] *REEI*, 2022, pp. 2-7.

En relación al objeto de la decisión no está de más recordar que no es la primera vez que un órgano jurisdiccional nacional remite una cuestión prejudicial al TJUE en torno al elemento internacional en supuestos de acuerdos de elección de foro cuando los elementos objetivos de la relación están localizados en un mismo Estado<sup>5</sup>. Si bien, es cierto que es la primera ocasión en la que el TJUE llega a pronunciarse. Por tanto, como algún autor ha destacado, el asunto *Inkreal* es un auténtico *leading case* sobre la aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)<sup>6</sup>.

## II. HECHOS

La Sentencia trae causa en el impago de dos contratos de préstamo que se habían celebrado el 29 de junio de 2016 y el 11 de marzo de 2017 por una cantidad de 153.740 euros. Posteriormente, el 8 de diciembre del 2021 se celebró un contrato de cesión de préstamo en favor de la empresa *Inkreal*. Todas las partes, desde el inicio de la relación, tenían su domicilio en Eslovenia, pero a pesar de ello en el marco del contrato incluyen la siguiente cláusula:

“cualquier ambigüedad y diferencia que surja en este contrato se resuelve en principio mediante negociación mutua para llegar a una solución aceptable para ambas partes. Si las partes no pueden resolver la disputa será resuelta por los Tribunales checos que tengan jurisdicción sobre el tema de conformidad con la ley”.

Ante la falta de pago por parte de *Dúha reality s.r.o.*, la sociedad *Inkreal* hace valer el acuerdo de jurisdicción ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de la República Checa, autoridad que, a juicio de la sociedad demandante, tendría competencia judicial tanto para resolver sobre la satisfacción de los créditos adeudados, así como para determinar qué órgano jurisdiccional tendría competencia territorial para conocer sobre el fondo de asunto.

---

5 As. C-136/16. Este supuesto traía causa en un litigio entre la *Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A.* y el *Banco Santander Totta, S.A.*, en torno a unos contratos de derivados financieros, en particular varios *swaps*. En el marco de estos contratos estaba incluida una cláusula de jurisdicción en favor de los Tribunales ingleses. La cuestión giraba en torno a si, a efectos de la determinación de la competencia internacional, es suficiente la existencia en tales contratos de cláusulas de atribución de competencia en favor de los tribunales de otro Estado miembro, o es necesario que concurran además otros elementos de extranjería para la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido). Por Auto de 10.03.2017 Presidente de la Sala Segunda archivó el asunto debido a que las partes llegan a un acuerdo. Sobre la misma puede verse, MOREIRA, P., “A internacionalização de situações internas no direito internacional privado unificado da União Europeia. Tendências jurisprudenciais recentes”, *Revista Electrónica de Direito público*, vol 5, núm., 1, 2018, pp. 302-335. S. BARIATTI, S., “Party autonomy and internationality of the legal relationship: recent developments in the case law of the EU court of justice on the European Private International Law Regulations”, *Derecho Internacional Privado Europeo. Diálogos con la práctica*, (P. Domínguez dir.), Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 189-208.

6 PAREDES, I., “La posible aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) a situaciones puramente internas: algunas consideraciones en los ámbitos de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable”, *Blog de la Facultad de Derecho de la UAM*, pp. 1-8 (publicado el 5 de marzo 2024). Sin poder predecir si tras este supuesto se llegará más allá en la interpretación del elemento internacional.

La ausencia de un elemento objetivo que internacionalice la relación, y que solo la autonomía de la voluntad de las partes fuera el criterio transfronterizo presente en la misma, conduce a que el Tribunal checo tenga dudas sobre la existencia o no de este elemento y, en consecuencia, pregunte en torno a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) remitiendo al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Desde la perspectiva de la existencia de un elemento de extranjería, requisito necesario para la aplicación del Reglamento [n.º 1215/2012], puede fundarse la aplicación de este Reglamento únicamente en el hecho de que las dos partes domiciliadas en el mismo Estado miembro acuerden la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro de la Unión Europea?”.

### III. POSICIONAMIENTO DEL ABOGADO GENERAL

Las conclusiones del Abogado General resultan de gran interés, no solo por la opinión completamente contraria que posteriormente mantiene en su decisión el TJUE en torno a la diferente aproximación que hacen con relación a la internacionalidad del asunto, sino por el detalle con el que desarrolla sus argumentos. El Abogado General es contrario a la aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) en este asunto y, por tanto, a la conclusión de que la existencia de un acuerdo de elección de foro en favor de los órganos jurisdiccionales de otro EM en un contrato puramente interno suponga el elemento extranjero necesario para la operatividad del citado precepto.

A pesar de defender esta postura, es cierto que deja una puerta abierta a la posible aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) en la respuesta que da en torno a la delimitación del momento en el que debe apreciarse el requisito de la internacionalidad<sup>7</sup>. Así, tras descartar el momento de presentación de la demanda como criterio de examen de la internacionalidad del supuesto, pero consciente de la repercusión práctica que tendrá la respuesta de este asunto, concluye admitiendo que en caso de que una situación puramente interna tenga perspectiva de internacionalizarse las partes podrían finalizar un acuerdo de jurisdicción en favor de los tribunales de otro Estado miembro. Ahora bien, en caso de duda sobre la existencia de dicho elemento internacional serían competentes los órganos jurisdiccionales internos<sup>8</sup>. Aclara igualmente, alineándose con el último argumento que expone para defender su postura, que será el tribunal del Estado elegido en la cláusula quien analizará *in casu*, cuando se presente la demanda si se cumple la previsión de las partes<sup>9</sup>.

¿Cuáles son los argumentos que emplea para defender negativa a la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido)? Agrupados en cinco bloques podemos destacar: con el primer argumento se sustenta la idea de que la opción por la internacionalización de forma subjetiva conllevaría descartar la existencia de elementos objetivos como criterios internacionales. La desaparición de la distinción entre normas de competencia internas e internacionales es el se-

---

7 Apartado 4 de las Conclusiones.

8 Véanse los apartados 45 a 49 y sobre todo este último.

9 Véase el apartado 49 en relación con el apartado 43 de las Conclusiones.

gundo argumento empleado, en relación a esta consideración no podemos dejar de referirnos a cómo la identificación de los elementos que caracterizarán a una relación como internacional es una pieza clave, funcionando, además, el requisito de transfronterizo como un componente limitador de la acción normativa de la Unión Europea<sup>10</sup>. Con el tercer argumento el Abogado General contraría la opinión de la Comisión y del Gobierno checo quienes se basan en que el elemento transfronterizo concurre cuando se producen cuestiones relativas a la determinación de la competencia de órganos jurisdiccionales en el orden internacional; sobre este aspecto, el Abogado General argumenta que la jurisprudencia del TJUE que apoya esta circunstancia resuelve casos que contienen elementos objetivos de internacionalización<sup>11</sup>. La armonización de la interpretación de los conceptos equivalentes contenidos en otros instrumentos es el cuarto argumento empleado; ahora bien, este argumento lo emplea el Abogado General en dos sentidos: primero, para descartar que el Reglamento Roma I sirva de referencia, segundo, para destacar la incoherencia que una interpretación en favor de la aplicación del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) supondría en relación con la definición del término transfronterizo del Convenio de La Haya de elección de foro de 2005. Por último, aplica un argumento en pro de la flexibilidad, entendiendo que la apreciación del elemento internacional o transfronterizo debe interpretarse por el órgano judicial en el caso concreto y conforme a criterios amplios.

Como hemos indicado el TJUE en su decisión no solo se aparta de la opinión del Abogado General sino que en ningún momento se remite a los desarrollos que hace en las conclusiones. Es cierto que el TJUE, con el propósito de construir su aproximación a la internacionalidad, contraría razonamientos y argumentos empleados en las conclusiones, si bien, no hay ninguna referencia expresa en la Sentencia a cómo tales argumentos han sido utilizados por el Abogado General con el objeto de rebatirlos.

#### IV. LA DECISIÓN DEL TJUE. ALGUNOS INTERROGANTES Y POSIBLES EFECTOS

Antes de analizar la respuesta del TJUE es necesario hacer una observación preliminar que nos parece de interés porque condiciona el planteamiento que sigue el Tribunal. Se trata de la formulación de la cuestión prejudicial que hace el tribunal nacional remitente y la reinterpretación que de la misma hace en el TJUE, por ejemplo, en el apartado 14 de su decisión<sup>12</sup>.

10 GUZMÁN ZAPATER, M., *Sociedad internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*. Ed. Colex, 2006, p. 121. Lo apuntan también como límite VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Segunda edición, Ed., Thomson, 2007, p. 281.

11 Este argumento se basa en distinta jurisprudencia del TJUE, si bien, en estos casos el elemento internacional está basado en criterios objetivos, por ejemplo, STJUE 17.11.2011, *Hypoteční banka a.s. contra Udo Mike Lindner*, as. C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745.

12 “Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 25, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en el ámbito de aplicación de esta disposición un acuerdo atributivo de competencia mediante el cual las partes de un contrato establecidas en un mismo Estado miembro pactan la competencia de los órganos jurisdic-



En la cuestión prejudicial el tribunal remitente se refiere de forma expresa a la necesaria existencia de un elemento internacional para la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) en general, es decir, se trata de determinar, en un supuesto como el planteado, la existencia del elemento internacional pero como presupuesto de aplicación de la norma de la cooperación judicial civil<sup>13</sup>, y no como elemento o condición de aplicación del régimen de los acuerdos de elección de foro contenido en el artículo 25 del instrumento jurídico, planteamiento que sigue desde el inicio el TJUE para la solución del asunto. Es decir, la exigencia del elemento transfronterizo es requisito previo para la aplicación del texto, proyectar otro enfoque supone asumir un argumento circular<sup>14</sup>. Este modo de orientar la cuestión prejudicial, intencionado o no, planea en los diferentes argumentos empleados por el TJUE y en su resolución final.

Volviendo a cómo aborda el TJUE el análisis de la resolución del asunto, el tribunal entiende que en la interpretación de una norma del Derecho de la Unión se ha de tener en cuenta: el tenor y el contexto de la norma, así como sus objetivos y finalidad.

En efecto, del tenor del artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido) no puede extraerse que se prohíba a dos partes establecidas en el mismo EM finalizar un acuerdo de jurisdicción en favor de los órganos jurisdiccionales de otro EM; ahora bien, la ausencia de vinculación entre el contrato y el tribunal elegido en la cláusula no puede emplearse como elemento que supla la necesaria concurrencia del requisito de la internacionalidad. En los casos en los que el TJUE ha empleado o ha aludido a esta falta de vinculación concurrían otros elementos internacionales presentes en la relación<sup>15</sup>.

El TJUE ha reiterado en numerosas ocasiones la necesaria interpretación de un precepto conforme al contexto de la norma en la que se incluye. En este punto es cuando, tras sostener la obligatoria concurrencia del elemento de extranjería para aplicar el Reglamento Bruselas I (refundido), y ante la ausencia de definición, el TJUE emplea dos criterios que le sirven para verificar la existencia de elemento transfronterizo: de un lado, el criterio de la interpretación uniforme de los conceptos equivalentes recogidos en otros textos de la cooperación judicial civil para determinar si concurre el elemento transfronterizo<sup>16</sup>; de otro lado, la existencia de un elemento de extranjería cuando la situación puede plantear cuestiones relativas a la competencia de los órganos jurisdiccionales en el orden internacional<sup>17</sup>.

---

cionales de otro Estado miembro para conocer de los litigios surgidos de ese contrato, aun cuando dicho contrato no contenga ningún otro vínculo con ese otro Estado miembro”.

13 No está de más recordar que el artículo 81 del TFUE, base jurídica de las normas de la cooperación judicial civil y en concreto el Reglamento Bruselas I (refundido), así lo requiere.

14 Utilizado y criticado por MOREIRA, P., “A internacionalização de situações internas no direito internacional...”, *op. cit.*, p. 321. En este sentido igualmente MUIR WATT, H., BUREAU, D., “Inkreal: Jurisdictional Barrier-crossing in Domestic Cases...”, *op. cit.*, p. 2.

15 Por ello entendimos que este argumento en el caso *Inkreal* nos parecía débil HERRANZ BALLESTEROS, M., “Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción...”, *op. cit.*, p. 612. Véase BARIATTI, S., “Party autonomy and internationality of the legal relationship...”, *op. cit.*, p. 200-202.

16 Considerando 21.

17 Considerando 22.

En base al primero de los criterios y ante el hecho de que hay instrumentos de la cooperación judicial civil que incluyen la definición de relación transfronteriza, el Tribunal traslada la previsión del *Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo*<sup>18</sup> al supuesto en cuestión, y entiende que concurre el elemento internacional dado que una de las partes, en este caso las dos, residen en un EM distinto del tribunal ante el que se plantea la petición, esto es el tribunal elegido en la cláusula<sup>19</sup>.

Se ocupa el TJUE de defender su aproximación desde el argumento finalista, agrupando tanto, los objetivos, en particular del propio artículo 25, como en general del Reglamento Bruselas I (refundido). Seguridad jurídica y uniformidad son elementos en los que se sustenta la aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido), fines que solo quedan asegurados con la aplicación de este instrumento, y que emplea el TJUE para apoyar que el elemento internacional puede identificarse únicamente en la elección de foro<sup>20</sup>. En efecto, una respuesta en sentido contrario conllevaría la aplicación de las distintas normas internas que podría originar respuestas diferentes no resultando deseable para el buen funcionamiento del mercado interior

Por último, el TJUE se despega de la política de armonización que la UE ha pretendido con otros textos internacionales, en particular con los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En este caso solo la respuesta negativa y, por tanto, la no aplicación del Reglamento Bruselas I (refundido) a estos supuestos supondría una lectura coherente con el *Convenio de elección de foro de 2005*<sup>21</sup>. Sin embargo el TJUE acoge el argumento de la Comisión que determina que la elección que se hace en el Convenio al definir el concepto de internacional responde a la necesidad de suscitar un amplio apoyo internacional, mientras que el legislador europeo opta por no definirlo en el marco del Reglamento Bruselas I (refundido) con el propósito de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>22</sup>.

18 DO n° 399 de 30.12.2006.

19 El TJUE ha seguido este criterio en otras decisiones: STJUE de 07.05.2020, as. C267/19, ECLI:EU:C:2020:351; STJUE de 07.05.2020, as. C-323/19, ECLI:EU:C:2020:351; STJUE de 03.06.2021 as. C-280/20, ECLI:EU:C:2021:443. Sobre estas decisiones en relación al elemento internacional *vid.*, CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Situación jurídica y litigio internacional. Reflexiones en torno a la STJUE de 3 de junio de 2021, C-280/20, República Bulgaria”, *CDT*, (Marzo 2022), Vol. 14, N° 1, pp. 88-115; HERRANZ BALLESTEROS, M., “Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción...”, *op. cit.*, pp. 606-608.

Ahora bien, el profesor G. CUNIBERTI no parece convencerle este argumento para el supuesto *Inkreal*, *vid.*, “By Passing National Rules Governing...”, *op. cit.*

20 Véase el considerando 28.

21 El *Convenio de La Haya de elección de foro de 2005* se ratifica por la UE el 11.06.2015 y entra en vigor en octubre de ese mismo año. El TJUE ha tratado a través de su jurisprudencia cuando ha tenido que interpretar conceptos contenidos en un texto convencional que forma parte del Derecho de Unión tanto, facilitar a los EM en el cumplimiento de sus obligaciones convencionales asumidas bien por la ratificación de la UE de tales textos bien ratificados por los EM en interés de la Unión; así como ha tratado de evitar distorsiones en la interpretación de tales conceptos cuando además estos están incluidos en un Reglamento.

22 Por ejemplo, en un caso en el que dos empresas con domicilio en México que concluyeran un contrato sin ningún elemento objetivo de internacionalidad y en el que finalizaran una cláusula de elección de tribunal en favor de un tribunal español. Esta situación estaría contenida en el Reglamento Bruselas I (refundido) y no en el Convenio de La Haya de 2005.

La Sentencia tiene un efecto promocional en la aplicación del régimen de acuerdos de elección de foro contenido en el Reglamento Bruselas I (refundido) al extenderlo ahora a supuestos en los que no concurren elementos objetivos de internacionalidad y solo basta con la propia elección de un tribunal de otro Estado miembro<sup>23</sup>. El TJUE, a diferencia de lo que hizo el Abogado General, no ha dado más opciones, y su postura abre distintas cuestiones.

La decisión del TJUE aporta seguridad jurídica, dado que se aplica un único régimen de elección de foro y no se deja esta cuestión a la aplicación de las normativas internas, ello además apoyado en una lógica de la integración y donde la creación del Espacio de Justicia se proyecta en la decisión; pero, ¿qué sucede cuando esas normas internas no permiten o prohíben, por ejemplo, el cambio de tribunal competente a nivel interno, ahora las partes podrán saltarse este criterio al internacionalizar el litigio a través de una cláusula de sumisión en favor de un tribunal de otro EM? o ¿en el caso de que las normativas internas establezcan controles a dichas cláusulas?, la cuestión es ¿tiene la UE competencia para finalizar con estas previsiones internas para los supuestos nacionales?<sup>24</sup>

El respeto a la autonomía de la voluntad de las partes es un principio destacado y reiterado. Desde luego son las partes quienes mejor pueden organizar sus relaciones; ahora bien, ¿qué sucede en supuestos en los que, a pesar de ser dos empresas las contratantes, existe entre ellas cierta superioridad de una frente a la otra en sus relaciones comerciales? La incorporación de una cláusula de jurisdicción en favor de los tribunales de otro Estado podría, sin duda, disuadir a aquella con menor capacidad económica para litigar.

Junto a estos y otros interrogantes hay que sumar los silencios que el TJUE guarda en su decisión sobre ciertas cuestiones frente a los que es importante llamar la atención. No hay referencia en ninguna parte de la decisión a los Informes a los textos, teniendo en cuenta que el elemento internacional se discutió desde el inicio; en efecto, desde los primeros documentos sobre el Convenio de Bruselas de 1968, así como del Convenio de Lugano, la discusión ya era patente<sup>25</sup>. La búsqueda de una interpretación coherente entre el Reglamento Roma I y

---

23 Este efecto “promocional” puede tener un impacto económico, aunque como hemos estudiado la eliminación del presupuesto personal del texto cuando los tribunales elegidos en la cláusula son los de un EM no ha supuesto un incremento en el número de litigios, *vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., “Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción...”, *op. cit.*, pp. 617-618.

24 Véase por ejemplo el caso de Portugal que se establecen controles a las cláusulas, referidas algunas a la elección de tribunal, artículo 19 letra g) del Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Noviembre en: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so_miolo=)  
O la normativa francesa el artículo 48 del Code de procédure civile: “Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu’elle n’ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu’elle n’ait été spécifiée de façon très apparente dans l’engagement de la partie à qui elle est opposée”.

25 En el Informe de P. JENARD sobre el *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DO 28.07.90, se determinaba que “El artículo 17 interviene, en caso de cláusula atributiva de competencia establecida bien entre una persona domiciliada en un Estado contratante y una persona domiciliada en otro Estado contratante, bien entre una persona domiciliada en un Estado contratante y una persona domiciliada fuera de la Comunidad, cuando exista sumisión en favor de un tribunal de un Estado contratante, o bien si dos personas domiciliadas en un Estado contratante prorrogan la competencia de un tribunal de otro Estado contratante” p. 34. Esta afirmación no

el Reglamento Bruselas I (refundido) ha sido una aspiración lógica entre ambos instrumentos cuando, además, uno, el Reglamento Roma I ha sido la continuidad natural, en lo que a la materia contractual se refiere, del ahora Reglamento Bruselas I (refundido); sin embargo, el TJUE no se refiere en absoluto al Reglamento Roma I, aunque sea con el fin de descartarlo de sus argumentos.

En conclusión, parece que el TJUE ha apostado por un parámetro de heterogeneidad en un contexto de integración que permite extender el régimen de acuerdos de elección de foro del Reglamento Bruselas I (refundido) más allá de lo pensado en un principio, pero quedan por ver los efectos. Por ello finalizamos resaltando cómo la reflexión con la que hemos iniciado este comentario con relación a la importancia y el impacto en distintos ámbitos de esta decisión cobra aún más sentido sin saber tampoco los resultados que desplegará en la práctica.

---

supone dar una respuesta positiva a la controversia porque el elemento internacional puede encontrarse en otros elementos de la relación distintos del domicilio de las partes, por ejemplo, en el lugar de ejecución del contrato, etc.. En el Informe del Profesor P. Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, en el párrafo 21 se remite a las consideraciones del Informe Jenard para la calificación de la cuestión como internacional si bien, afirma que *la elección de un tribunal extranjero no internacionaliza la situación* (párrafos 173 y 174) (la cursiva es nuestra).

# CONVENIO DE LA HAYA DE 1971 VERSUS REGLAMENTO ROMA II (ARTÍCULO 4): ¿ATRAPADOS EN EL TIEMPO? (NOTA A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SECCIÓN 3ª, NÚM. 442/2023 DE 14 DE SEPTIEMBRE)

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ\*

## I. PLANTEAMIENTO

El presente comentario trae causa de una Sentencia de apelación de la AP de Pontevedra basada en la reclamación presentada por el apelante (cuyas pretensiones habían sido acogidas parcialmente en Primera Instancia) contra la compañía aseguradora en una acción sobre reclamación de cantidad que tiene su origen en un accidente de tráfico acaecido en Portugal.

Con carácter previo, hay que señalar que no es la primera vez que la AP de Pontevedra falla sobre un supuesto de tráfico transfronterizo, precisamente por la situación geográfica de esta provincia lindante con el país vecino, Portugal, y los habituales desplazamientos de vehículos españoles por las carreteras portuguesas y viceversa.

Pese a ello, como si estuviésemos atrapados en el tiempo, asistimos de nuevo al conflicto que plantea para algunos tribunales españoles la identificación de las normas de Derecho internacional privado para determinar la ley aplicable en supuestos de responsabilidad no contractual derivada de accidentes de tráfico transfronterizos. Y la controversia que se plantea a la hora de aplicar el Convenio de La Haya de 1971 y/o las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma II.

## II. LEY APLICABLE A LOS ACCIDENTES DE TRÁFICO TRANSFRONTERIZOS: CONVENIO DE LA HAYA DE 1971 VERSUS REGLAMENTO ROMA II

De los fundamentos de derecho de la Sentencia cabe deducir que la ley designada en primera instancia con el fin de determinar la correspondiente indemnización fue la ley portuguesa. No consta, sin embargo, si se hizo con base al Convenio de La Haya de 1971<sup>1</sup> o al Reglamento Roma II<sup>2</sup>, si

---

\* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante

1 Convenio sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971 (BOE núm. 264, de 04/11/1987), disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=81>

2 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 (Roma II) (OJ L 199, 31.7.2007).

bien se puede concluir que fue conforme a este último ya que es el alegado por la parte recurrente en apelación para sustentar su reclamación y el considerado por la Audiencia Provincial para emitir su fallo. Cuestión que llama poderosamente la atención, pues el Reglamento Roma II, por su carácter general, debía ceder en favor de la aplicación del Convenio de La Haya de 1971.

Se trata, por tanto, de un error que todavía encontramos en algunas decisiones en las que los tribunales deciden aplicar el Reglamento en lugar del Convenio. Unas veces alegando la ausencia de reciprocidad entre España y el país tercero en el que ha tenido lugar el accidente, que no ha suscrito el Convenio<sup>3</sup>. Por lo tanto, sin tener en cuenta que los tribunales españoles, una vez declarados competentes conforme a las normas de jurisdicción, han de aplicar sus normas de conflicto con el fin de determinar la ley aplicable al litigio, y que la aplicación del Convenio de La Haya no depende de condición alguna de reciprocidad y se aplica aun cuando la ley designada no sea la de un Estado contratante, de acuerdo con el carácter universal del texto convencional<sup>4</sup>. Otras, aduciendo que una Convención, por muy específica y particular que sea, nunca puede derogar o contradecir un Reglamento<sup>5</sup>. En fin, en ocasiones ignorando simplemente la existencia y aplicación del Convenio de La Haya de 1971<sup>6</sup>.

Es evidente que, en estos casos, los tribunales españoles desconocen el contenido del artículo 28 del Reglamento Roma II<sup>7</sup> que, al referirse a su relación con los convenios internacionales existentes, impone al cumplimiento de tres condiciones que se dan en el caso del Convenio de La Haya de 1971: que se trate de un convenio internacional adoptado antes de la entrada en vigor del Reglamento<sup>8</sup>; que formen parte del mismo Estados miembros y terceros estados<sup>9</sup>; y que establezca normas de conflicto en materia de responsabilidad no contractual.

Por consiguiente, y con independencia de la crítica que pueda hacerse a la coexistencia en la Unión Europea de dos instrumentos que permiten la aplicación de diferentes normas de conflicto para determinar la ley aplicable –dependiendo de cuál sea el tribunal competente–, los tribunales españoles han de estar a lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1971.

3 *Vid.*, al respecto, la Sentencia de la AP de Málaga, Sección 4ª, de 11 de julio de 1996, Res. 486/1996 [ECLI:ES:APMA:1996:3]

4 El artículo 11 del Convenio de La Haya de 1971 dispone: “*la aplicación de los artículos 1 al 10 del presente Convenio no depende de condición alguna de reciprocidad. El Convenio se aplicará aun cuando la ley aplicable no sea la de un Estado contratante*”.

5 *Vid.*, al respecto, la Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 1ª, de 19 de junio de 2020, Rec. 315/2019 [ECLI:ES:APB:2020:5205]

6 *Vid.*, al respecto, la Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 3ª, de 6 de noviembre de 2012, Res. 439/2012 [ECLI:ES:APPO.2012:2888]; la Sentencia de la AP de Cáceres, Sección 1ª, de 10 de abril de 2013, Res. 93/2013 [ECLI:ES:APCC.2013:264]; o la Sentencia de la AP Pontevedra, Sección 6ª, de 16 de mayo de 2014, Res. 293/2014 [ECLI:ES:APPO.2014:1255].

7 El artículo 28.1 del Reglamento Roma II dispone: “*El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales*”

8 El Convenio de La Haya de 1971 entró en vigor el 3 de mayo de 1975

9 En el momento actual, 21 Estados parte aplican el Convenio de La Haya de 1971, 13 de ellos son Estados miembros de la Unión Europea, a saber: Austria, Bélgica, Croacia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos y Polonia.

Precisamente, la existencia de estos dos instrumentos permite comparar su contenido y concluir que las normas de conflicto previstas en los mismos no son idénticas. De una parte, el Reglamento Roma II establece una norma general para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de un delito<sup>10</sup>, y normas específicas para ciertas obligaciones.<sup>11</sup> Sin embargo, no incluye una norma de conflicto especial para identificar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de circulación transfronterizos, en cuyo caso habría que acudir a su norma general. En la misma, el Reglamento prevé tres puntos de conexión: el país donde se produce el daño; la residencia habitual común del causante del daño y el perjudicado; y los vínculos manifiestamente más estrechos—.

Por el contrario, el Convenio de La Haya de 1971 establece normas de conflicto con el fin de identificar la ley aplicable a la obligación extracontractual derivada de una materia particular, los accidentes de circulación por carretera. Y detalla con carácter exhaustivo las distintas situaciones que pueden plantearse y los puntos de conexión para cada supuesto con el fin de identificar la ley aplicable, así: el lugar del accidente; el hecho de que intervenga uno o varios vehículos en el accidente; la existencia de una o varias víctimas; el lugar de situación de las víctimas en el momento del accidente (dentro o fuera del vehículo); la responsabilidad respecto al pasajero y propietario del vehículo; el lugar de matriculación; o la ausencia de matriculación de los vehículos implicados.

### III. ¿ES POSIBLE APLICAR EL REGLAMENTO ROMA II EN LO NO PREVISTO POR EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1971?

¿Puede concluirse, por tanto, que el tribunal ha actuado erróneamente a la hora de aplicar las normas de Derecho internacional privado? O, por el contrario, ¿podría justificarse la aplicación del Reglamento porque el supuesto de hecho que se juzgaba no quedaba cubierto por el ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 1971?

En primer lugar, sería posible aplicar el principio de libertad de elección de ley por las partes previsto en el Reglamento Roma II<sup>12</sup>, ya que el texto del Convenio de La Haya no lo prevé. Sin embargo, no resulta habitual que las partes preparen un acuerdo que rija la posible responsabilidad extracontractual que surja de sus relaciones cotidianas, por lo que rara vez harán uso de la libertad de elección prevista en el Reglamento Roma II<sup>13</sup>. Consecuentemente, en estos ca-

---

10 Artículo 4 del Reglamento Roma II.

11 *Ibidem*, artículos 5 y ss.

12 El artículo 14 del Reglamento Roma II dispone: “*Libertad de elección. 1. Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño*”.

13 *Ibidem*, artículo 14. *Vid.*, KADNER GRAZIANO, T., “Freedom to choose the applicable law in Tort-Articles 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, en AHERN, J. y BINCHY, W., (eds), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual-Obligations: A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2009, pp. 113-114.

sos, habría que acudir a la norma general prevista en el artículo 4<sup>14</sup>, pues tanto en la Propuesta de Reglamento<sup>15</sup> cuanto en sus Considerandos queda patente que el legislador considera suficiente esta norma general para regular ese tipo de supuestos<sup>16</sup>. Dicho esto, hay que señalar que la sentencia objeto de comentario no versaba sobre la elección de ley por las partes.

Por otra parte, el Convenio de La Haya de 1971 guarda silencio en relación a la posible aplicación de los vínculos más estrechos para determinar la ley aplicable a los accidentes de tráfico transfronterizos, por lo que podría plantearse la posibilidad de invocar el artículo 4.3 del Reglamento Roma II<sup>17</sup>. Empero, considerando el carácter detallado de los puntos de conexión que establece el Convenio, considero que estas conexiones son suficientes para identificar en cada caso la ley del país que se encuentra más estrechamente vinculado con el accidente y el daño causado, por lo que sería difícil justificar el retorno al Reglamento Roma II en detrimento de la aplicación del Convenio de La Haya de 1971. En definitiva, se trata de la aplicación errónea del Reglamento Roma II por parte del tribunal.

#### IV. APROXIMACIÓN A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.3 DEL REGLAMENTO ROMA II

Pues bien, a pesar del desacierto en la elección y aplicación del Reglamento Roma II por el tribunal en el presente supuesto, considero oportuno referirme brevemente al apartado 3 del artículo 4 del Reglamento Roma II. Porque aún no ha sido objeto de análisis por parte del TJUE y esta situación puede favorecer el conflicto *inter partes* y su interpretación por parte de los tribunales nacionales, como ha sucedido en la sentencia objeto de comentario<sup>18</sup>.

El artículo 4 del Reglamento establece como norma general la aplicación de la ley del país donde se produce el daño (*lex loci damni*), con independencia “... del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que

---

14 CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Reglamento Roma II. Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 712, 2009, p. 838; y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, párrafo 26.

15 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), COM (2003) 427 final, de 22.07.2003 (en adelante, la Propuesta de Reglamento).

16 *Vid.*, Considerando 33 del Reglamento Roma II y la Propuesta de Reglamento, p. 12, Apartado 1 – Norma general.

17 El artículo 4.3 del Reglamento Roma II dispone: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”.

18 *Vid.*, al respecto, mi trabajo LAFUENTE SÁNCHEZ, R., “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera: la cláusula de escape del artículo 4. 3º del Reglamento Roma II a la luz de la jurisprudencia inglesa”, *anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 464-468.



se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. En este sentido, conviene precisar que en los accidentes de circulación el lugar del daño será aquél en el que se produzca la colisión o accidente. Se trata de una norma de conflicto de leyes tradicional en el Derecho internacional privado basada en la conexión territorial y sobre la base de la responsabilidad objetiva que se predica neutral, pues no favorece ni al causante del daño ni a la víctima, sino que trata de buscar un justo equilibrio entre los intereses de las partes en litigio<sup>19</sup>.

Sin embargo, esta regla general presenta dos correcciones o, dicho de otro modo, una excepción y una cláusula de escape. La excepción entrará en juego en aquellos supuestos en los que la persona causante del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en el mismo país en el momento de producirse el daño, aplicándose la ley de dicho país que prevalecerá sobre la norma del *lex loci damni*<sup>20</sup>.

La segunda corrección, que es la que interesa en este supuesto, actúa como cláusula de escape y prevé la posibilidad de aplicar la ley del país con el que el hecho dañoso presente los *vínculos manifiestamente más estrechos* siempre que se trate de un país distinto a los antes mencionados, desplazando, así, la ley designada en virtud de la norma del *lex loci damni* y de la residencia habitual común de las partes<sup>21</sup>. Esta cláusula de escape, que responde al principio de proximidad entre el derecho aplicable y la situación que se pretende regular, introduce cierta flexibilidad a la hora de determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales considerando cada caso de manera individualizada<sup>22</sup>.

Ahora bien, ¿cómo ha de ser interpretada la cláusula de escape y, en particular, el concepto “vínculos manifiestamente más estrechos” al que se refiere el Reglamento? Sin lugar a dudas, se trata de justificar la aplicación de la ley de un país porque presenta mayor conexión con el hecho dañoso que la designada por la norma de la *lex loci damni* o de la residencia habitual común de las partes. Para ello, el artículo 4 se remite al examen del “conjunto de circunstancias”

---

19 DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 20; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “Primeras consideraciones sobre el anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Actualidad Civil*, n.º 34, Septiembre, 2003, p. 911 ; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La unificación del derecho conflictual en Europa: El Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Diario La Ley*, n.º 6811, 2007, p. 9; KADNER GRAZIANO, T., “Le nouveau droit International privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle”, *Revue critique de droit International privé*, n.º 3, 2008, p. 457; y VON HEIN, J., “Chapter II Torts/Delicts” en G. P. Calliess (ed) *Rome Regulations, commentary on the European rules of the Conflicts of Laws*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011, p. 402.

20 Artículo 4.2 del Reglamento Roma II.

21 *Ibidem*, artículo 4.3. La aplicación del principio de los “vínculos más estrechos” como criterio flexibilizador al ámbito del derecho de daños fue propuesta por MORRIS, J.H.C., en su trabajo “The proper Law of a Tort”, *Havard Law Review*, vol. 63, April 1951, n.º 6, pp. 881 y ss.

22 BRIÈRE, C., “Le règlement (CE) n.º 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *Revue trimestrielle LexisNexis JurisClasseur*, n.º 1, 2008, p. 52, citando el proceso de flexibilización de reglas de derecho internacional privado puesto de manifiesto por GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, v. 287, Brill-Nijhoff, Leiden, Boston, 2000, pp. 214 y ss. ; y FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “Primeras consideraciones ...”, *loc. cit.*, p. 919.

si bien no especifica cuales son las que han de tomarse en consideración por el tribunal para precisar si el hecho dañoso presenta *vínculos manifiestamente más estrechos* con otro país.

En este sentido, el Reglamento señala, a título ilustrativo, que “*Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión*”. Empero, la consideración de la relación (contractual) preexistente entre las partes directamente vinculada con el hecho dañoso como vínculo manifiestamente más estrecho a la hora de determinar la ley aplicable resulta compleja. Y, por otra parte, teniendo en cuenta la redacción condicional del verbo “podría” utilizada por el legislador, habrá que considerar que esta presunción no es determinante y que da un margen de apreciación al tribunal para determinar, a la vista de todas las circunstancias pertinentes, cuando se dan los vínculos manifiestamente más estrechos con otro país<sup>23</sup>.

En definitiva, la cláusula de escape prevista en el artículo 4.3 del Reglamento prevé una conexión accesorias que permite evitar la aplicación de la *lex loci damni* cuando el lugar donde se produce el daño es un lugar imprevisible para las partes. Sin embargo, esta cláusula de escape tiene carácter excepcional por la incertidumbre que introduce respecto a la ley aplicable y de ahí el alcance restrictivo que ha de darse a la misma. Precisamente, el término “manifiestamente” incluido en el texto corrobora el carácter excepcional de esta disposición que no podrá invocarse de forma generalizada y cuya aplicación ha de basarse en hechos objetivos más que en intenciones subjetivas o en las expectativas de las partes<sup>24</sup>.

Pues bien, el argumento de la AP para rechazar la aplicación de esta cláusula de escape era que no concurrían las circunstancias para considerar que el accidente tenía mayor vinculación con España que con el lugar donde el accidente había ocurrido (Portugal), y que el hecho de que las consecuencias dañosas del accidente ocurrido en Portugal repercutan en España no es suficiente para justificar la aplicación de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 4 del Reglamento Roma II. En definitiva, una correcta interpretación sobre un precepto que no procedía aplicar.

---

23 ADESINA OKOLI, C. S. y OMOSHEMIME ARISHE, G., “The operation of the escape clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation”, *Journal of Private International Law*, vol. 8 nº 3, December 2012, p. 538; y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La unificación del derecho ...”, *loc. cit.*, p. 12.

24 *Vid.*, la Propuesta de Reglamento, p. 13, Apartado 3 – Cláusula de excepción general y conexión accesorias; y Considerando 18 del Reglamento Roma II. En la doctrina, *Vid.*, por todos, BRIÈRE, C., “Le règlement ...”, *loc. cit.*, p. 53; CALVO CARAVACA A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, Comares, Granada, 2014, p. 1179; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El régimen comunitario ...”, *loc. cit.*, párrafo 23; DICKINSON, A., *The Rome II Regulation: The law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 341, párrafo 4.85; y *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, 15 ed., Sweet & Maxwell, London, 2012, párrafo 35-032, que consideran que el artículo 4.3 se aplicará únicamente cuando exista una “*clear preponderance of factors*” que conduzcan hacia otro país distinto al señalado en los párrafos primero y segundo del artículo 4.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal y como se indica en la sentencia objeto de comentario el accidente tuvo lugar en Portugal y, en tal caso, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento Roma II (erróneamente alegado por la apelante y aplicado por la AP) la ley aplicable sería la portuguesa –ley del país donde se produce el daño–. Casualmente, se alcanza la misma solución que si se hubiese aplicado (correctamente) el Convenio de La Haya de 1971, en este caso su artículo 3, que nos conduce a la aplicación de la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, es decir, la portuguesa, considerando que no es aplicable ninguna de las excepciones previstas en los artículos 4 y 5 (ley del país de la matrícula del automóvil) ni en el artículo 6 (ley del país del estacionamiento habitual del vehículo).

Ahora bien, esto no siempre será así, y la incorrecta aplicación de las normas de Derecho internacional privado para determinar la ley aplicable por parte de los tribunales españoles puede tener consecuencias importantes para las víctimas. Porque en la Unión Europea no existe armonización legislativa de los derechos nacionales en aspectos esenciales como pueden ser la baremación y las indemnizaciones a las víctimas en casos de daños sufridos en un accidente de tráfico transfronterizo, o los plazos de prescripción para interponer una acción, de ahí la importancia de identificar correctamente la ley aplicable.

Por otra parte, como se deduce de la sentencia objeto de análisis, el error en la elección de las normas de Derecho internacional privado ha llevado a las partes y al tribunal a interpretar el apartado 3 del artículo 4 del Reglamento Roma II que no procedía en este supuesto. Lo que podía haber conducido a un resultado totalmente desafortunado si se hubiese concluido que la ley aplicable era la ley española en razón de la mayor vinculación con España alegada por la apelante, y ello por dos motivos: en primer lugar, por fundamentar la elección de la ley aplicable en un instrumento –el Reglamento Roma II– que no era de aplicación y, además, porque ello hubiese supuesto la aplicación de la LRCSCVM<sup>25</sup>, que regula las cuestiones relacionadas con la responsabilidad: su alcance, causas de exoneración y excepciones oponibles al perjudicado, daños indemnizables, cuantía y cálculo de la indemnización, transmisibilidad del derecho a obtener la indemnización, tipos de plazos y su interrupción, ..., en lugar de la ley portuguesa que regula la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación cuyo contenido no coincide con el derecho material español.

---

25 Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE núm. 267, de 05.11.2004).



# FORUM NON CONVENIENS Y SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE (SALA 4ª), DE 13 DE JULIO DE 2023 EN EL ASUNTO C-87/22, T.T.)

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU\*

## I. INTRODUCCIÓN

El 13 de julio de 2023 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó sentencia en el asunto C-87/22, T.T.<sup>1</sup>. Se trata de un asunto en que, conforme al art. 15 del Reglamento (CE) 2201/2003, Bruselas IIbis (RBIIbis), se solicita al tribunal de la residencia habitual de los menores que remita su competencia para conocer de la custodia a los órganos jurisdiccionales del Estado a donde han sido trasladados ilícitamente y cuya restitución está pendiente cuando se pretende activar el *forum (non) conveniens*. La decisión resulta interesante en tanto resuelve dicha situación pero también por las posibilidades interpretativas que abre respecto de otros supuestos, así, si el proceso de retorno hubiera concluido ya<sup>2</sup>, o sobre el impacto en el mecanismo de última palabra<sup>3</sup>, o en relación con las soluciones del Reglamento (UE) 2019/1111, Bruselas IIter (RBIIter). Tras una presentación de los hechos (II) y de los pronunciamientos del TJUE (III), analizaremos algunos aspectos de la sentencia (IV) para concluir brevemente (V).

## II. HECHOS

Dos nacionales eslovacos, T.T. (padre) y A.K. (madre), progenitores de dos niños nacidos en 2012 en Eslovaquia, ejercen conjuntamente la custodia sobre éstos conforme a la normativa eslovaca. En 2014 la familia se muda a Austria y allí los menores son escolarizados hasta 2017, momento en que, sin cambiar de casa, empiezan a acudir al colegio en Eslovaquia. Los niños se comunican en eslovaco con sus familiares y apenas conocen el alemán. La pareja se separa en 2020 y la madre se lleva a los niños a Eslovaquia sin consentimiento de T.T. El padre insta entonces en Eslovaquia un procedimiento de restitución conforme al convenio de La Haya de

---

\* Elena Rodríguez Pineau, Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid.

1 STJUE de 13 de julio de 2023, as. 87/22, T.T. (ECLI:EU:C:2023:571).

2 Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., “*Forum non conveniens* y sustracción internacional de menores. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2023. Asunto C-87/2022: TT”, *La Ley Unión Europea*, nº 118 (octubre 2023).

3 DURÁN AYAGO, A., “Y, de repente, las dudas en la aplicación del mecanismo de prevalencia en los casos europeos de traslado ilícito de menores Sentencia del Tribunal de Justicia 13 de julio de 2023, asunto C-87/22: TT y AK”, *La Ley Unión Europea*, nº 118 (octubre 2023).

1980 (CH 1980) al tiempo que plantea demanda en Austria solicitando la custodia exclusiva sobre los hijos. La madre impugna la competencia del tribunal austríaco al entender que los niños nunca habían tenido la residencia habitual en Austria, pero la impugnación no prospera. La madre solicita entonces (septiembre de 2021) al tribunal austríaco que active el art. 15 RBII*bis* y requiera al tribunal de Eslovaquia que se declare competente para la acción de custodia. Entiende la progenitora que la petición procedía dado que ya había procedimientos abiertos en aquel país (el de sustracción y otros sobre el derecho de visita y alimentos iniciados tanto por ella como por el padre) y que los tribunales eslovacos estaban en mejor situación para conocer de la cuestión de responsabilidad parental. El tribunal austríaco acepta la solicitud pero el padre se opone en apelación. Ante las dudas suscitadas, el tribunal de apelación austríaco plantea al TJUE dos cuestiones prejudiciales relativas a la relación del art. 15 con el art. 10 RBII*bis*, v.gr. si es posible esa transferencia de competencia a los tribunales de un Estado donde el menor ha sido desplazado ilícitamente; y, en caso afirmativo, si el art. 15 debe interpretarse a la luz de las circunstancias específicas del caso, *i.e.*, una sustracción de menores aún no resuelta.

### III. PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE

Partiendo de que efectivamente se ha producido un traslado ilícito desde Austria y, por lo tanto, de que el tribunal competente para decidir sobre la responsabilidad parental era el austríaco (ex art. 10 RBII*bis*), el TJUE recuerda que la finalidad del citado artículo es evitar que el autor del traslado ilícito pueda obtener una ventaja procesal<sup>4</sup>. En este marco se plantea si es posible aplicar el art. 15 RBII*bis*, lo que permitiría al tribunal que tiene la competencia (austríaco) remitir el asunto a los tribunales (eslovacos) del Estado miembro donde ha sido trasladado ilícitamente el menor.

Para ello el primer paso consiste en analizar el art. 15, observando que se trata de una disposición que funciona con carácter excepcional, fundamentada en un mecanismo de cooperación y sujeta al respeto de unos plazos<sup>5</sup>. Este análisis permite al TJUE constatar que el tenor del art. 15 no excluye que el tribunal competente conforme al art. 10 RBII*bis* no pueda hacer uso de esta regla, aspecto quedaría confirmado por analogía por la propia jurisprudencia del TJUE en el asunto C-372/22 CM<sup>6</sup>. Con estas premisas, y teniendo en cuenta la necesidad de interpretar las soluciones del RBII*bis* conforme al interés superior del menor y a sus derechos fundamentales, considera que la presunción a favor de mantener la competencia del tribunal del art. 10 RBII*bis* es fuerte, pues refleja el interés superior del menor en la medida en que éste asegura el contacto con ambos progenitores sin favorecer la posición del sustractor. Pero dicha presunción no implica que no se pueda valorar la aplicación del art. 15 y el impacto que tendría la remisión del asunto sobre las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre la situación económica del menor de modo que el tribunal “[...] sopesa, de manera equilibrada

4 Apdo. 36. Compartimos la opinión de JIMÉNEZ BLANCO, P., “*Forum non conveniens...*”, *cit.* núm. 3, acerca del escaso interés (primero del Abogado general y luego del TJUE) por comprobar dónde estaba la residencia de los menores, teniendo en cuenta datos como la escolarización o que sólo hablaban eslovaco.

5 Apdos. 40-41.

6 Apdos. 42-43.

y razonable, en interés superior del menor, todos los intereses en juego, basándose en consideraciones objetivas sobre la propia persona del menor y su entorno social<sup>7</sup>. De modo que si el tribunal concluye que la remisión es contraria al interés del menor, debe excluirse; pero, si después de haber valorado de forma equilibrada y razonable dicho interés observa que la remisión es favorable para el menor, puede proceder pues la remisión es compatible con los objetivos del RBIIbis<sup>8</sup>.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE, el art. 15 RBIIbis sólo puede funcionar cuando el segundo tribunal carezca de competencia para el fondo del asunto, lo que lleva al TJUE a analizar conforme a qué regla se habían adoptado las medidas en el Estado requerido. Al comprobar que en Eslovaquia se habían limitado a adoptar medidas cautelares (ex art. 20), supuesto que, como había explicado en una anterior decisión, no implica la asunción de competencia para el fondo, concluye que podría aplicarse el art. 15 RBIIbis<sup>9</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión, *i.e.* si para aplicar el art. 15 RBIIbis hay que tener en cuenta que aún no se ha resuelto el supuesto de la sustracción, el TJUE recuerda que la disposición prevé tres requisitos acumulativos (*v.gr.* vinculación especial entre el menor y el otro Estado miembro, que el tribunal pueda estar mejor situado para conocer del asunto y que la remisión responda al interés superior del menor) y que las normas del Convenio de La Haya 1980 (CH 1980) tienen una íntima relación con las del RBIIbis, por lo que es posible que se tenga en cuenta el hecho de que no se ha resuelto sobre la sustracción para valorar los requisitos del art. 15 RBIIbis<sup>10</sup>. Llevando esta consideración al caso, el TJUE constata que es posible identificar en el asunto uno de los elementos de vinculación con el segundo Estado que prevé el art. 15 RBIIbis: la nacionalidad de los menores (elemento que existe con independencia de que haya sustracción)<sup>11</sup>. A continuación recuerda que, conforme a su jurisprudencia, para valorar si el segundo tribunal está mejor situado para conocer del asunto, la remisión debe aportar un valor añadido real y concreto a la solución del caso y considera que un elemento relevante a estos efectos es la posibilidad que tendría el padre requirente de plantear sus alegaciones de manera efectiva ante ese tribunal, cuestión que procede verificar al órgano remitente<sup>12</sup>. Ese valor añadido real, además, puede resultar del hecho de que el tribunal eslovaco ya hubiera adoptado medidas provisionales sobre los menores (dada además su proximidad con éstos)<sup>13</sup>. Pero la posible asunción de la competencia por los tribunales eslovacos estaría supeditada al respeto de las disposiciones del CH 1980 (arts. 11 y 16) que implicaría que deben transcurrir al menos seis semanas desde que se produjo el traslado (siendo, por el contrario, una demora excesiva en resolver un elemento desfavorable para considerar esa mejor posición del tribunal requerido) y que el tribunal eslovaco, para respetar el interés superior del menor, sólo podría decidir sobre el fondo cuando se hubiera resuelto sobre la restitución de los menores<sup>14</sup>.

---

7 Apdo. 50.

8 Apdo. 51.

9 Apdos. 52-54.

10 Apdos. 57-59.

11 Apdos. 61-62.

12 Apdos. 64-65.

13 Apdo. 66.

14 Apdos. 67-69.

En consecuencia, el TJUE concluye que es posible aplicar el art. 15 RBIIbis en un supuesto de sustracción ilícita de menores y que no hay requisitos adicionales para la aplicación de dicho artículo por el hecho de que se haya producido la sustracción. Ahora bien, para valorar dichos requisitos (en particular la mejor situación y el interés del menor) hay que tener en cuenta que el litigio sobre la restitución no ha concluido.

#### IV. ANÁLISIS

El TJUE sigue la posición del Abogado General Pikamäe<sup>15</sup>, en una decisión que ha suscitado crítica (al entender que hace una lectura *contra legem*<sup>16</sup>) y aplauso (aunque matizando el alcance de la decisión<sup>17</sup>). Alguna doctrina había sostenido que el uso del *forum (non) conveniens* no se ajustaba a los fines del RBIIbis en materia de sustracción internacional de menores<sup>18</sup>, posición que parecería confirmada por el propio legislador europeo en el considerando 27 del RBIIter al indicar que “[e]n circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta el interés superior del menor en un caso particular, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial, pero que no sea competente en virtud del presente Reglamento, debe poder solicitar la transferencia de competencia al órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor. Sin embargo, esa transferencia no debe estar autorizada en casos de traslado o retención ilícitos del menor [...]”. El argumento no resulta definitivo si se entiende que el considerando solo prohíbe la transmisión de la competencia, *i.e.* la solicitud por el tribunal del Estado requerido, lo que dejaría margen para aceptar la remisión del tribunal competente<sup>19</sup>.

La respuesta del TJUE se circunscribe al supuesto planteado, es decir, cómo valorar la posible remisión cuando aún está pendiente el proceso de restitución. Y la interpretación que realiza es ciertamente medida: el RBIIbis en principio no excluye el juego del art. 15 en esta hipótesis, pero debe hacerse considerando todo el contexto de la situación. Ello supone que no se puede afectar a reglas fundamentales del sistema de restitución, en particular la prohibición de que en el Estado requerido se decida sobre el fondo antes de que se haya resuelto sobre la restitución (ex art. 16 CH 1980). En ese marco sólo resulta posible considerar la remisión cuando dicho procedimiento haya concluido. Este razonamiento es compatible con la idea que el propio

15 ECLI:EU:C:2023:248.

16 DURÁN AYAGO, A., “Y, de repente, las dudas...”, *cit.* y ello a pesar de ser favorable a soluciones que puedan aportar opciones alternativas para resolver casos de sustracción de menores en supuestos de violencia familiar.

17 JIMÉNEZ BLANCO, P., “*Forum non conveniens...*”, *cit.*

18 SCHULZ, A., “Das Haager Kindesentführungsübereinkommen und die Brüssel IIa-Verordnung”, *Die richtige Ordnung. FS für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, 2008, pp. 435-456, p. 444; *cf.* JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 177 ss.

19 GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho (Libro homenaje al Profesor José Carlos Fernández Rozas)*, ÁLVAREZ, S./ARENAS, R./DE MIGUEL, P.A./SÁNCHEZ LORENZO, S./STAMPA, G. (eds.), Thomson Reuters-Civitas, 2020, pp. 383-398, p. 390; DURÁN AYAGO, A., “Y, de repente, las dudas...”, *cit.*



TJUE recuerda de que no se puede favorecer la posición del sustractor permitiendo que su comportamiento modifique las reglas de competencia judicial internacional, más aún cuando, como en el caso, es el sustractor quien solicita al tribunal del Estado de origen que active el procedimiento. Por ello, recae en los tribunales de dicho Estado valorar la conveniencia de ceder su competencia una vez se haya resuelto sobre la sustracción. De este modo también se evita que el litigio sobre la restitución pueda verse influido por la decisión sobre el art. 15 RBIIbis, ya que no se podría invocar alguno de los elementos que justifican la aplicación del artículo 15 RBIIbis (v. gr., la vinculación del menor con ese Estado) para sustentar excepciones al retorno del menor (por ejemplo, por el transcurso del tiempo y la integración del menor).

El problema puede radicar en la limitación que parece introducir el TJUE al indicar que la valoración no se hará “hasta que se haya determinado, en particular, que no concurren los requisitos para la restitución del menor” (apdo. 68). Si el menor permanece en el Estado requerido puede suscitarse la utilidad del art. 15 RBIIbis ya que, conforme al art. 10 RBIIbis, se podría justificar un cambio de competencia judicial fundamentado en la existencia de una decisión sobre el no retorno del menor. Así, si la causa de no retorno fuera el art. 13 CH 1980, el art. 11 RBIIbis mantiene la competencia del tribunal de origen y la posibilidad de invocar el *fórum conveniens* se articularía en tanto no hubiera transcurrido el plazo de un año previsto en dicho artículo, pues entonces el Estado requerido podría asumir la competencia en las condiciones del art. 10 RBIIbis. Si la oposición resultara de la aplicación de los arts. 12 o 20 del CH 1980, el art. 11 RBIIbis no se activaría y el condicionante temporal no sería relevante para invocar el *fórum conveniens* salvo, a la luz del caso, porque el procedimiento de restitución se hubiera prolongado demasiado en el tiempo<sup>20</sup>.

La pregunta que surge, a la vista del apdo. 68, es por qué no sería razonable que se activara el *fórum conveniens* si el menor ha vuelto al país de origen pues las condiciones de funcionamiento del art. 15 RBIIbis pueden estar igualmente presentes: se trataría de un Estado cuyos tribunales carecen de competencia pero que podrían seguir teniendo especial vínculo con el menor (v.gr. la nacionalidad) y cuya intervención podría estar justificada en aras de su mejor situación para decidir en interés superior del menor<sup>21</sup>. Así, si la sustracción hubiera resultado de una incorrecta reubicación del menor y la parte sustractora hubiera permanecido en el Estado de destino, podría ser razonable que se decidiera en dicho Estado sobre la pertinencia del cambio de residencia del menor.

## V. VALORACIÓN FINAL

La decisión del TJUE puede sustentarse en la letra del art. 15 RBIIbis y para el concreto caso en el que se plantea, acotando su posible –y excepcional– aplicación a supuestos en los que se solicite la remisión del asunto, una vez que el Estado requerido haya resuelto sobre el retorno, tras constatar el vínculo del menor con dicho Estado (por razones que no resulten del propio traslado) y siempre que no haya transcurrido un plazo demasiado largo de tiempo. Esta estricta-

---

20 A la luz del apdo. 67.

21 En este sentido, JIMÉNEZ BLANCO, P., “*Forum non conveniens...*”, cit. núm. 12.

ta delimitación (en particular la exigencia de que la valoración de los vínculos con el Estado requerido no pueda depender de las circunstancias generadas por la parte sustractora<sup>22</sup>) parece reducir la posibilidad de que pueda utilizarse el *fórum conveniens* como vía para flexibilizar las reglas cuando el supuesto de sustracción presente un elemento de violencia doméstica a pesar de las esperanzas que en este sentido podían haberse depositado en el mecanismo<sup>23</sup>.

La sentencia deja margen para ulteriores interpretaciones por el TJUE, en particular respecto a la consideración de si el resultado del proceso de retorno es un elemento determinante del juego de esta regla. E igualmente también puede ser objeto de interpretación la proyección de la jurisprudencia relativa al art. 15 RBII*bis* sobre los arts. 12 y 13 RBII*ter* pues, en ausencia de tal pronunciamiento, ahora sólo resulta razonable en el marco del art. 12 del texto refundido. Y la misma contención podría indicarse para los tribunales nacionales en relación con el alcance de esta jurisprudencia sobre las reglas paralelas de los arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996 pues, aunque la lógica de la sentencia podría reproducirse en el marco convencional, las distintas condiciones de aplicación de estos últimos hacen conveniente una valoración específica para dicho contexto.

---

22 El TJUE acepta que el vínculo de la nacionalidad del hijo es suficiente porque podría valer también en ausencia de sustracción, *a contrario*, vínculos generados con el Estado requerido a resultas de la sustracción como la residencia de la sustractora, no podrían considerarse vínculo estrecho. Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., “*Forum non conveniens...*”, cit. núm. 10.

23 Cfr. RUIZ SUTIL, C., *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Dykinson, 2023, p. 123.

# CRÓNICA DE LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA (NOVIEMBRE 2023–ABRIL 2024)

VICTORIA RODRÍGUEZ PRIETO\*  
y MONTSERRAT PINTADO LOBATO\*\*

## I. ASUNTOS GENERALES Y ADMINISTRACIÓN EXTERIOR DEL ESTADO

El semestre ha comenzado con la investidura de Pedro Sánchez como presidente del Gobierno a mediados de noviembre y el posterior nombramiento y toma de posesión de los ministros que configuran su actual Gabinete, entre los que cabe destacar a José Manuel Albares, quien mantiene la cartera de Exteriores. Por su parte Nadia Calviño ha pasado a liderar el Banco Europeo de Inversiones cesando, en consecuencia, de su cargo como ministra de Economía. En los meses posteriores, los distintos ministros han acudido al Congreso de los Diputados y Senado para exponer sus principales líneas de actuación al frente de sus respectivos ministerios. Por su parte, Albares ha comparecido en el mes de enero en el Congreso. Allí, no ha dudado en destacar la importancia de las relaciones con los países próximos, en donde además ha subrayado la preocupación del Gobierno por la situación en Gaza; el fortalecimiento de las relaciones con América Latina y el Caribe; o el impulso de una política exterior claramente feminista. De igual modo, ha anunciado la elaboración de la Estrategia de Acción Exterior 2025-2028. En los meses de marzo y abril, ha acudido al Senado en donde ha tratado de clarificar las actuales relaciones existentes con Marruecos ante las preguntas de los senadores y además ha subrayado la importancia de la promoción de los derechos humanos en la acción exterior que lidera España.

La conflictividad internacional en el vecindario europeo ha marcado el desarrollo de la política exterior española durante estos meses. Como ya ocurría en el semestre anterior, tanto la guerra en Ucrania como, principalmente, la intervención israelí en Gaza ha centrado gran parte de la agenda española. De hecho, el presidente ha iniciado una gira por distintos países europeos, como Irlanda o Noruega, así como una gira por la región reforzada también por parte del ministro Albares para impulsar el reconocimiento de Palestina como Estado.

En este semestre también ha tenido lugar el fin de la presidencia rotatoria española al frente del Consejo, con un balance muy positivo por parte del Ejecutivo. El liderazgo de España ha permitido la consecución de importantes acuerdos respecto al marco de la Ampliación tras el visto bueno del Consejo Europeo para iniciar las conversaciones de adhesión con Ucrania y Moldavia, así como con Bosnia y Herzegovina, y otorgar el estatus de candidato a Georgia. Además, cabe mencionar otros hitos de la presidencia española que responden al acuerdo sobre el Pacto Migratorio y de Asilo, el Reglamento europeo sobre Inteligencia Artificial, el

---

\* Victoria Rodríguez Prieto, Universidad Complutense de Madrid ([victoriarodriguezp@ucm.es](mailto:victoriarodriguezp@ucm.es)).

\*\* Montserrat Pintado Lobato, Universidad de Santiago de Compostela ([montserrat.pintado@usc.es](mailto:montserrat.pintado@usc.es)).

acuerdo político para las nuevas reglas fiscales comunitarias o la firma de acuerdos comerciales con Nueva Zelanda y Kenia, así como la modernización del existente con Chile.

En distintas ocasiones, Pedro Sánchez ha comparecido ante el Congreso para, entre otros aspectos, informar de las conclusiones alcanzadas en las reuniones del Consejo Europeo en las que ha participado. También, el presidente ha comunicado en sede parlamentaria otros avances en política exterior como los logros alcanzados durante su viaje oficial a Marruecos en el mes de febrero.

La Casa Real ha tenido cierto protagonismo durante el semestre. Resultan, especialmente, relevantes los viajes de Estado de los reyes a Dinamarca y Países Bajos en los meses de noviembre y abril. Asimismo, el rey Don Felipe ha asistido a la toma de posesión de la presidencia de Argentina por parte de J. Milei, así como de C. B. Arévalo de León en Guatemala. Ya en Madrid el monarca ha inaugurado la Conferencia de presidentes de parlamentos de la UE en las Islas Baleares. Y, junto con la reina, los reyes han presidido la conmemoración del Día Europeo en recuerdo a las Víctimas del Terrorismo celebrada en la Galería de las Colecciones Reales del museo de El Prado.

## II. POLÍTICA DE SEGURIDAD Y DEFENSA

A inicios de año, y como viene siendo habitual, la ministra de Defensa ha comparecido en la Comisión del Congreso para desgranar las líneas generales a desarrollar en su ministerio a lo largo de 2024. Conviene destacar la previsión presupuestaria para Defensa del 1,30% del PIB destinados a reforzar los tres ejes de actuación señalados por Robles: política de personal, transformación y modernización de las [FF.AA.](#) y fortalecimiento de la posición de España en el sistema de seguridad global. Asimismo, en la intervención, la titular de Defensa ha informado de la situación de las misiones españolas en el exterior, que durante 2023 han comprendido un total de 12.075 militares y guardias civiles en 17 misiones. Ya en el Senado y tras conocerse la prorrogación del presupuesto para este año, Robles ha matizado que la cifra presupuestaria en materia de Defensa se mantendrá lo que, a su juicio, merma la consecución del 2% para el año 2029 acordado en la Cumbre de la OTAN celebrada en Madrid.

Los ministros de Exteriores de la Alianza Atlántica han arrancado con una reunión en Bruselas los trabajos preparatorios para la próxima Cumbre de Washington que se celebrará en julio, coincidiendo con el 75º aniversario de la alianza.

Como en los últimos semestres, ha tenido lugar en enero una reunión del Grupo de Contacto para la Defensa de Ucrania en la que M. Robles ha participado con los socios europeos, así como el secretario de Defensa de [EE.UU.](#), Lloyd Austin.

La ministra M. Robles ha recogido el testigo de Portugal en la presidencia de la Iniciativa 5+5 Defensa, un foro informal de países del Mediterráneo occidental para la cooperación multilateral en materia de seguridad.

La ministra de Defensa ha visitado a las tropas españolas desplegadas en Letonia en el marco de la misión de Presencia Avanzada Reforzada de la OTAN siendo, a día de hoy, el despliegue

de tropas más numeroso de España. En el marco de esa visita al país báltico, Robles se ha reunido con el ministro de Defensa letón, Andris Sprūds.

España ha recibido el primer submarino de diseño y construcción enteramente nacional, el S-81 ‘Isaac Peral’, convirtiéndose así en el décimo país que fabrica de inicio a fin este tipo de vehículos.

El encuentro ministerial de la OTAN celebrado en Bruselas en el mes de febrero ha contado con la participación de Margarita Robles. Los titulares de Defensa han debatido cuestiones como el compromiso de inversión o la base industrial de la Defensa.

Ese mismo mes, la ministra ha viajado a Irak en donde ha realizado una visita al contingente español desplegado en el país como parte de la coalición internacional contra el DAESH y de la Misión de la OTAN en Irak. También, se ha reunido con su homólogo iraquí quien expresado su agradecimiento a España por el apoyo ofrecido.

Los titulares de Defensa y Exterior han acudido a París para participar en primera reunión ministerial de la Conferencia de apoyo a Ucrania. Ambos, han expresado el respaldo de nuestro país a Ucrania durante el tiempo que sea necesario. Por su parte, Pedro Sánchez también ha acudido a la cita en donde, junto a sus homólogos, ha expresado la necesidad de aumentar el apoyo a Ucrania frente a una nueva ofensiva rusa.

### **III. COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO**

El ministro Albares ha acudido a la Comisión de Cooperación Internacional para el Desarrollo del Congreso en donde ha destacado el necesario impulso de la “construcción de la paz” a lo largo de esta legislatura para lo cual las herramientas propias de la Cooperación para el Desarrollo resultan imprescindibles.

Se ha firmado un nuevo acuerdo para reforzar la alianza entre la AECID y la Organización de Estados Americanos que, entre otros compromisos, incluye un incremento de la contribución española para el año 2024.

### **IV. EUROPA Y SU REPERCUSIÓN EN LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA**

En materia comunitaria, cobra especial relevancia la comparecencia del presidente del Gobierno en el Pleno del Congreso de los Diputados el 20 de diciembre para hacer balance de la presidencia española del Consejo de la UE, que se ha extendido hasta finales de año. Así, Sánchez ha puesto en valor el liderazgo de España en materia de ampliación, con el acuerdo del Consejo Europeo para iniciar las negociaciones con Ucrania y Moldavia. Además, durante el Consejo Europeo celebrado apenas cinco días antes, Sánchez también ha destacado los avances en las candidaturas de los países balcánicos. También ha indicado que, durante la presidencia española se han cerrado más de cincuenta expedientes legislativos, un número superior a la media de presidencias previas, y ha recordado el esfuerzo por descentralizar la presidencia

e implicar a las comunidades autónomas. Por su parte, Albares ha hecho también un resumen de los principales logros alcanzados durante la presidencia española, así como la exposición de aquellas líneas que guiarán a su ministerio en materia europea durante los próximos años en su comparecencia ante la Comisión mixta para la UE en el mes de marzo.

Asimismo, también en diciembre, Sánchez ha intervenido en el Parlamento Europeo para repasar la presidencia española y, especialmente, ha resumido los avances políticos y legislativos de este semestre. En su intervención, ha destacado que las cuatro prioridades establecidas al inicio de la presidencia, concretamente, la reindustrialización y autonomía estratégica abierta, lograr una mayor justicia social y económica, el avance en la transición ecológica y la adaptación medioambiental, y el refuerzo de la unidad europea, se han culminado con éxito.

En noviembre, Albares ha participado en el Consejo de Exteriores de la Unión para abordar la convulsa agenda internacional. El ministro ha pedido que la UE se implique decididamente en la protección de los civiles palestinos en línea con el derecho internacional humanitario. En el marco del Consejo de la UE también se celebró la reunión ministerial UE-Balcanes tras la recomendación de la Comisión de abrir las negociaciones de ampliación con Ucrania, Moldavia y Bosnia y Herzegovina, para las que España ha mostrado su apoyo. En diciembre, durante el último Consejo de Asuntos Exteriores de la presidencia española, los socios comunitarios han repasado el conflicto palestino-israelí, la guerra de Ucrania y la situación en el Sahel. En el primero de los temas, el ministro ha insistido en la posición española de defensa de la solución de los dos Estados y en la celebración de una conferencia de paz.

La ministra de Defensa ha participado en noviembre en la reunión del Consejo de Asuntos Exteriores de la UE, en su formación de Defensa, para tratar el apoyo militar a Ucrania, así como temas de actualidad en seguridad y defensa, como la evolución de la Capacidad de Despliegue Rápido y las Misiones y Operaciones de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD). Durante la presidencia española, se han celebrado el primer ejercicio con despliegue de fuerza sobre el terreno de la Capacidad de Despliegue Rápido que la ministra ha valorado como “un hito muy importante”, teniendo en cuenta que esta fuerza debe estar plenamente operativa en 2025. Igualmente, en enero, los ministros de Defensa también han repasado la situación del conflicto en Ucrania, así como los avances en la preparación para la Defensa y los avances en la preparación de la Estrategia Industrial Europea de Defensa.

En el mes de diciembre, la ministra de Economía, Comercio y Empresa, Nadia Calviño ha logrado el apoyo de los socios comunitarios para presidir el Banco Europeo de Inversiones.

España ha participado en la reunión del grupo MED-9 para abordar la situación internacional, especialmente de Oriente Medio, así como la siguiente reunión de la Unión por el Mediterráneo y la vecindad sur europea.

España, junto con otros once socios europeos, ha solicitado a la Comisión Europea un objetivo climático más ambicioso para 2040, con el fin de limitar a 1,5°C el aumento de temperatura global, en línea con las recomendaciones científicas.

En materia de agenda europea bilateral, en diciembre, el presidente Sánchez se ha reunido en Berlín con el canciller alemán Olaf Scholz para repasar los asuntos clave de la presidencia española del

Consejo de la UE. Entre los temas que han centrado el encuentro, cabe destacar el tema migratorio, materia en la que el presidente español ha insistido en la necesidad de reforzar la asociación estratégica con los países de origen y tránsito, así como la revisión del Marco Financiero Plurianual y asuntos globales como la situación en Oriente Próximo o Ucrania. Sánchez también ha mantenido en enero una reunión telefónica con el primer ministro holandés, Mark Rutte, con el fin de debatir sobre asuntos europeos, principalmente la revisión presupuestaria, y el apoyo a Ucrania. En el mismo mes, el presidente ha recibido al primer ministro de Albania, Edi Rama, Estado candidato a la adhesión a la UE, para repasar los avances de este proceso y las relaciones bilaterales

El ministro de Exteriores se ha reunido con su homólogo británico, David Cameron, en los márgenes de la reunión de ministros de la OTAN para tratar algunos puntos de las negociaciones sobre Gibraltar, un acuerdo para el que solo quedan “aspectos puntuales”. También durante la celebración de la cumbre ministerial de la Alianza, Albares se ha reunido con el ministro ucraniano Dmytro Kuleba para reiterarle el compromiso de España en la defensa de Ucrania, así como el apoyo a su adhesión a la UE.

Tras arduas negociaciones, especialmente con Hungría, el Consejo Europeo ha logrado aprobar un nuevo paquete de ayuda financiera a Ucrania por un valor de 50.000 millones de euros. El presidente español, quien ha acudido a la cita, ha calificado el acuerdo como “una buena noticia para España, para Europa y para Ucrania”.

En el impulso del uso de las lenguas cooficiales en el seno de la Eurocámara, Albares ha recibido a la actual presidenta del Parlamento Europeo, Roberta Metsola, con quien ha tratado la cuestión. También, ambos han analizado los retos que presenta los próximos comicios europeos que se celebrarán en el mes de junio.

El presidente Pedro Sánchez se ha reunido con el comisario italiano, P. Gentiloni que ostenta la cartera de Economía, para informarme sobre la resiliencia y fortaleza que presenta nuestro país en la materia. Posteriormente, ha acudido al Consejo Europeo en donde, junto a sus homólogos, ha tratado la cuestión ucraniana, la situación en Gaza o los retos de los países que integran la Política de Ampliación. En cuanto a Palestina, y en los márgenes de esta reunión, los mandatarios de Irlanda, Eslovenia y Malta le han confirmado al presidente español su disposición para reconocer al Estado palestino y así avanzar así hacia la deseada paz.

En el marco de la visita de los reyes a los Países Bajos, Albares se ha reunido con su homóloga con quien ha tratado la próxima agenda estratégica de la UE o la guerra en Ucrania.

En el mes de abril, Pedro Sánchez ha recibido a su homólogo portugués con quien ha ratificado los estrechos vínculos que unen a ambos países.

Mientras que en Bruselas Pedro Sánchez ha vuelto a exigir el alto el fuego en Gaza y la búsqueda de los dos Estados como una solución al conflicto.

## **V. AMÉRICA**

La ministra de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Elma Saiz, ha realizado en enero un viaje oficial a Estados Unidos, en el que ha rubricado un nuevo Convenio de Seguridad Social

para favorecer la movilidad laboral entre ambos países, además de reunirse con autoridades estadounidenses.

La vicepresidenta segunda y ministra de Trabajo, Yolanda Díaz, se ha reunido con su homólogo mexicano en un viaje al país americano. En el marco de esa visita, España ha lanzado la primera Red Iberoamericana de Fomento de la Economía Social y Solidaria, promovida conjuntamente con México, Brasil, Chile, Portugal, Guatemala, Cuba y Colombia.

El presidente ecuatoriano, Daniel Noboa, ha visitado España en el marco de la celebración de FITUR y se ha reunido con Pedro Sánchez, con quien ya mantuvo una conversación telefónica en enero. El jefe del Ejecutivo español le ha trasladado el apoyo ante la escalada de violencia que ha sufrido el país y ha expresado la posibilidad de reforzar las relaciones en temas de seguridad. Igualmente, Noboa también ha mantenido un encuentro con el rey.

El destino del primer viaje oficial del nuevo presidente de Guatemala ha sido España. Aquí, ha sido recibido por Pedro Sánchez quien ha reafirmado el compromiso de España con la democracia de su país. También, el rey le ha recibido en audiencia en el Palacio de la Zarzuela.

El presidente de Paraguay, Santiago Peña, ha visitado España en febrero. Este se ha reunido con el presidente español quien ha puesto el foco de atención en los avances relativos al desarrollo sostenible e inclusivo del país. Posteriormente, el mandatario paraguayo ha celebrado una audiencia con el rey en el Palacio de la Zarzuela.

El jefe de la diplomacia española ha visitado Colombia y Panamá en donde se ha reunido con los empresarios españoles al tiempo que ha impulsado una agenda de cooperación.

En su viaje a Brasil, Pedro Sánchez ha sido recibido por su homólogo, Lula da Silva. Ambos han firmado acuerdos para estrechar las relaciones bilaterales de carácter estratégico. Días más tarde, el presidente español ha acudido a Chile en donde ha cerrado una alianza por la igualdad de género.

A finales de abril, José Manuel Albares ha recibido a su homólogo costarricense, Arnoldo André Tinoco, con quien ha acordado impulsar el uso del castellano en el ámbito diplomático, inclusive en organizaciones internacionales.

## **VI. MEDITERRÁNEO MERIDIONAL, MAGREB Y ORIENTE PRÓXIMO**

La guerra de Gaza ha centrado gran parte de la actividad exterior del Gobierno y, especialmente, destaca el impulso internacional que ha liderado para promover la consecución del reconocimiento del Estado palestino. Además, Sánchez ha realizado en noviembre una gira regional, el primer viaje al exterior tras ser investido, en compañía del primer ministro belga Alexander de Croo al ser el país que tras España ostentará el semestre europeo. Esta gira le ha llevado a Palestina, Israel y Egipto, donde se ha reunido con las más altas autoridades de estos países. En febrero, ha viajado a Arabia Saudí, Qatar y Emiratos Árabes Unidos en donde ha vuelto a expresar la necesidad de avanzar hacia una solución que, entre otros aspectos, conlleve el reconocimiento del Estado palestino en aras a evitar una mayor escalada del conflicto a nivel regional. Y ya en Europa Pedro Sánchez se ha reunido con sus homólo-



gos irlandés y noruego quienes han declarado que sus países claramente apuestan por dicho reconocimiento.

Por su parte, el ministro Albares también ha realizado en enero una gira por Oriente Próximo, donde ha visitado Líbano e Irak, así como a los contingentes español desplegados en estos países. Asimismo, durante el desarrollo de la intervención israelí en Gaza, España ha evacuado a 139 hispanopalestinos y a sus familiares.

En materia bilateral, y en el marco de esa gira conjunta con el primer ministro belga, P. Sánchez ha mantenido un encuentro en Ramala con el presidente de la Autoridad Nacional Palestina, Mahmoud Abbas. El presidente también se ha reunido en Israel con el presidente, Isaac Herzog, y el primer ministro, Benjamin Netanyahu. A ambos les ha trasladado sus condolencias y la condena al ataque terrorista de Hamas, pero igualmente les ha reiterado la posición española ante la intervención en Gaza y la preocupación por el número de víctimas civiles, así como la propuesta española de celebrar una conferencia de paz. Además, durante esta gira Sánchez ha tenido también una intensa agenda en Egipto. Allí, ha mantenido un encuentro con el presidente egipcio, Abdelafatah El-Sisi, a quien ha agradecido el papel del país para aliviar la situación de los gazatíes. Igualmente, Sánchez también se ha reunido con el secretario general de la Liga Árabe, Ahmed Aboul Gheit, y ha visitado el paso fronterizo de Rafah.

El presidente del Gobierno ha mantenido una estrecha interacción con el rey de Jordania, Abdalá II bin Al Husein, tanto de forma telefónica como en una visita del monarca a España, una intensa relación que está inevitablemente marcada por el deterioro de la situación en Oriente Próximo y, sobre todo, en Gaza. En su encuentro en Madrid, Sánchez ha agradecido los esfuerzos jordanos para lograr una solución pacífica. El monarca jordano también ha sido recibido por el rey.

En diciembre, el presidente del Gobierno ha viajado a Irak y, además de visitar a las tropas españolas desplegadas en el marco de la misión de la OTAN en el país, se ha reunido con el primer ministro, Mohammed Shia al-Sudani, a quien le ha transmitido el compromiso de España con la seguridad y la estabilidad del país, ejemplificado a través de el mando de un general español en la misión de entrenamiento de la OTAN. Asimismo, Sánchez y al-Sudani han adoptado una Declaración Conjunta que recoge una hoja de ruta para la colaboración bilateral futura. Igualmente, en enero, el ministro de Asuntos Exteriores también ha visitado el país durante una gira regional. En esa visita, se ha reunido con su homólogo iraquí, Fuad Hussein, para repasar la cooperación bilateral, así como con el presidente del país y el primer ministro. Albares también ha visitado la Base Unión III, donde está desplegada una misión de la ONU con presencia española. La agenda bilateral hispano-iraquí se ha completado con la visita en diciembre de los ministros iraquíes de Defensa, Thabit Mohammad Saeed Al-Abbasi, e Interior, Amber Kamel Al-Shammari, para reunirse con sus homólogos españoles.

Marruecos ha sido el destino del primer viaje del jefe de la diplomacia española tras su toma de posesión en el nuevo Gobierno. En el marco de la visita, Albares se ha reunido con su homólogo marroquí, Naser Burita. También en este semestre, el ministro del Interior se ha reunido en Rabat con el ministro marroquí, Abdelouafi Laftit, y ha destacado el rol del país norteafricano como “el principal socio estratégico de España en asuntos de Interior”, en la que ha constituido la decimotercera reunión entre ambos políticos. Posteriormente, ha sido

ya el presidente Pedro Sánchez quien en el mes de febrero ha realizado un viaje oficial al país vecino en donde ha sido recibido por el rey Mohamed VI. Allí, el mandatario español no ha dudado en destacar que “las relaciones bilaterales entre España y Marruecos pasan por su mejor momento desde hace décadas”.

En su gira regional por Oriente Medio en el mes de enero, Albares ha recalado en Líbano, donde se ha reunido con el primer ministro, Najib Mikati, al que le ha trasladado el compromiso español con la paz en el país y en la región. Igualmente, ha celebrado una reunión con los responsables de la misión UNIFIL, comandada actualmente por un general español y con la presencia de más de seiscientos militares españoles.

Con el fin de avanzar en una deseada solución respecto a la crisis que acontece en Oriente Medio, Albares ha realizado una gira por los tres países del Golfo, es decir, Qatar, Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos. El viaje también ha mantenido una agenda de carácter económico y empresarial.

Posteriormente, el jefe de la diplomacia española ha visitado Turquía en donde ha celebrado una reunión con su homólogo turco para abordar la situación de Ucrania, así como la crisis de Gaza.

Ya en España el titular de Exteriores ha mantenido un encuentro con los embajadores de Israel y Palestina para evaluar la situación en Oriente Próximo. Mientras que en abril, Albares ha acudido al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en donde ha defendido la admisión de Palestina como miembro de pleno derecho de dicha organización.

Finalmente, destaca el viaje de Pedro Sánchez junto a la presidenta de la Comisión Europea, U. Von der Leyen, a Mauritania. Allí, el mandatario español se ha reunido con su homólogo, Mohamed Ould Ghazouani, con quien ha firmado un nuevo acuerdo de asociación país en materia de cooperación. Asimismo, se han abordado otras cuestiones prioritarias, fundamentalmente, la gestión de los flujos migratorios.

## **VII. ÁFRICA SUBSAHARIANA Y AUSTRAL**

En el marco de una gira que le ha llevado también a Mauritania, el ministro Albares ha visitado Senegal para profundizar la relación bilateral con el país, especialmente en aspectos relevantes como la migración ilegal. Así, el ministro ha sido recibido por el presidente, Macky Sall, y el ministro de Exteriores, Ismaïla Madior Fall.

Igualmente, la ministra de Defensa y su homólogo camerunés han rubricado un Acuerdo Técnico relativo a la cooperación entre la Marina camerunesa y la Armada española. Además, el rey ha mantenido un encuentro con la presidenta de Etiopía, Sahle-Work Zewde, la primera mujer en llegar a la jefatura del país. La política etíope ha participado en el encuentro GWL Voices bajo el lema “El turno de las mujeres para remodelar el futuro”, celebrado en Casa de América.

El presidente de Cabo Verde, José María Neves, se ha reunido con Pedro Sánchez en el marco de su viaje a España. El mandatario africano ha sido recibido posteriormente por el rey Felipe VI en el Palacio de la Zarzuela.

## **VIII. ASIA Y PACÍFICO**

El ministro de Exteriores chino, Wang Yi, ha realizado una gira europea visitando distintos países entre los que figura España. En su visita a nuestro país, se ha reunido con el presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, y a continuación ha mantenido una audiencia con el rey Don Felipe.

## **IX. ORGANISMOS INTERNACIONALES Y DIPLOMACIA MULTILATERAL**

En el marco de la actividad centrada en Naciones Unidas, el presidente del Gobierno ha conversado telefónicamente con el secretario general de la organización para transmitirle el apoyo español a su llamamiento para que el Consejo de Seguridad realice una petición para un alto al fuego en Gaza.

En enero, el presidente del Gobierno se ha reunido en enero con la secretaria general de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Rebeca Grynspan, para compartir impresiones sobre la situación de la seguridad alimentaria en el mundo.

El jefe del Ejecutivo español ha participado en la COP 28, celebrada en Emiratos Árabes Unidos para insistir en la necesidad de elevar la ambición y el compromiso climático. Así, Sánchez ha instado a incluir los objetivos climáticos en el centro de las políticas económicas y a avanzar en una nueva arquitectura financiera que facilite el acceso a los fondos económicos para lograr los compromisos. Durante su intervención, el jefe del Ejecutivo español ha anunciado una nueva contribución de 20 millones de euros para el nuevo fondo de pérdidas y daños, así como dos millones al proyecto de bonos medioambientalmente sostenibles Amazonia Siempre. Sánchez también ha intervenido en la Cumbre virtual del G20, en la que ha insistido en la necesidad de cumplir los compromisos de la Declaración de Nueva Delhi, destinados a la lucha contra el cambio climático, entre ellos triplicar la capacidad energética renovable para 2030, así como una reducción de las energías fósiles.

Cabe también destacar que el presidente del Gobierno y el ministro de Asuntos Exteriores han asistido al Foro Económico Mundial, este año bajo el lema “Reconstruyendo la confianza”. En el marco de dicho Foro, el ministro se ha reunido con el primer ministro libanés, así como los ministros de Exteriores de Irán y Perú, entre otras personalidades.

El jefe de la diplomacia española ha intervenido en la primera reunión de la OSCE desde el inicio de la guerra de Ucrania. En su intervención, Albares ha alertado de que “nos encontramos antes el momento más crítico de Europa desde la caída del muro de Berlín”. Finalmente, el ministro de Interior, Fernando Grande-Marlaska se ha reunido con la recién nombrada directora general de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Amy E. Pope, a la que le ha detallado la política migratoria española y la evolución de las negociaciones del Pacto sobre Migración y Asilo de la UE.

En 2024, nuestro país junto con México ha asumido la copresidencia del Grupo de Política Exterior Feminista de Naciones Unidas.

En el mes de abril, Barcelona ha acogido la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Década de los Océanos 2024.



# **RECENSIONES**



**ARRENDONDO, R., *Diplomacia. Teoría y Práctica*, Aranzadi, Madrid, 2023, 618 pp.**

El libro del doctor y diplomático Ricardo Arrendondo actualiza y expande notablemente el estudio del Derecho diplomático y consular. Por su estructura y organización, en poco tiempo, se ha constituido en un punto de referencia no sólo para el profesional o el experto en esta materia sino también para el público en general. Escasean los libros sobre el estudio de la diplomacia como una disciplina propia, no dependiente de terceras.

No es la primera obra en lengua española, pero sí la primera que incorpora el análisis actualizado de novedades relevantes. El profesor Arrendondo ensancha los aspectos que deben estudiarse bajo el paraguas de diplomacia. Ya no cabe ceñirse a la acción del Estado, sino que los parlamentos, los negocios privados, las ONGs, asociaciones científicas o líderes políticos aspiran a utilizar la diplomacia para alcanzar sus fines en el ámbito exterior. La suma de nuevas ideas y actores es resultado de la larga trayectoria del autor. Cuenta con una doble vida: es profesor arraigado en el sistema universitario público argentino, con experiencia internacional, y es diplomático de carrera. Actualmente se desempeña como Cónsul General de la República Argentina en Vancouver y es profesor de Estudios Internacionales en la Simon Fraser University de esa ciudad. La doble mirada explica el acierto en la combinación de la teoría (el Capítulo VIII sobre relaciones consulares es un tratado excepcional) y la práctica (Capítulos V o XII sobre nuevos ámbitos profesionales). En la lectura, se disfruta este ejercicio simultáneo de acoplar la teoría al desarrollo práctico de la profesión. Estas referencias servirán al alumno de estudios diplomáticos, pero también al profesional destinado en el exterior.

La obra está dividida en dos grandes apartados. El primero recorre la historia de la diplomacia, con especial énfasis en la evolución de la diplomacia en América Latina. Este aspecto es novedoso en la literatura, tan pendiente de la tradición anglosajona y tan poco atenta con la región. El bloque ahonda en las nociones básicas de esta disciplina –tales como las relaciones internacionales, la política exterior, la diplomacia en sus diferentes acepciones – para, a continuación, examinar el derecho diplomático y consular.

El Capítulo III se enfoca en los diferentes actores de la diplomacia contemporánea, en la que el Estado continúa siendo un actor primario. Por ende, se estudia la “acción exterior del Estado” y se analizan detalladamente los órganos del Estado en sus relaciones exteriores, que comprenden a los Jefes de Estado y de Gobierno, los ministros de Relaciones Exteriores, el Servicio Exterior y otros órganos de gobierno. Este Capítulo demuestra la acabada erudición del autor en sus numerosas referencias, en las que incluye las jurisprudencias nacional e internacional sobre cada uno de los órganos estatales de la manera más actualizada posible, a la vez que incorpora una muy rica bibliografía que permitirá al lector interesado ampliar exponencialmente su conocimiento del tema. El Estado no va a desaparecer como eje central de la actividad diplomática, por lo que conviene refrescar el origen y el recorrido diplomático. Hay seguidamente capítulos que analizan la ampliación del número de actores y de la agenda temática, lo que da lugar a diferentes ámbitos de la diplomacia (económico-comercial, de seguridad y defensa, cultural, humanitaria, científica, deportiva, etc.) y también a diversos modos de ejercicio (bilateral, multilateral, de cumbre, corporativa, secreta, entre otras). El libro

dibuja un mapa de acción diplomática que sirve para entender las distintas dimensiones de un fenómeno de creciente complejidad.

La segunda parte de la obra es relevante para obtener una fotografía completa de las relaciones diplomáticas. El autor analiza no solo el establecimiento, sino el camino de la suspensión y terminación de las relaciones, aportando, además de precisión jurídica, interesantes casos de práctica diplomática con respecto a los instrumentos por los que se establecen las relaciones diplomáticas y de suspensión de esas relaciones. La presentación simultánea de los textos legales y de oportunos ejemplos de su aplicación es una característica que agrega interés y utilidad al texto para su uso en los ejercicios docentes.

Los Capítulos VI y VII están dedicados a la misión diplomática, su sede y sus funciones, así como a los miembros de la misión diplomática, clasificándolos detalladamente. Todos y cada uno de los temas son abordados con la minuciosidad y solvencia académica que es la característica de todo el libro. El Capítulo VIII se refiere en su totalidad a las relaciones consulares, y se describen y analizan desde el establecimiento de las relaciones consulares hasta sus funciones, incluyendo a los miembros de la misión consular. Destaca el tratamiento que le otorga a la protección y a la asistencia consulares, que es una de las responsabilidades principales de los funcionarios consulares y que ha dado lugar a considerables disputas entre los Estados y a numerosos fallos judiciales, tanto de tribunales internos como internacionales. Son bien conocidas las desavenencias históricas a que dieron lugar los esfuerzos de los Estados por proteger a sus ciudadanos en el exterior, a veces pretendiendo, como en el régimen de las capitulaciones en épocas de dominio colonial o semicolonial, injustificados privilegios para sus súbditos. Este capítulo, denso en contenido como toda la obra, es en sí mismo un breve manual de derecho y práctica consular que se destaca por su amplia casuística con la máxima actualidad. Más aún, este capítulo será una referencia obligada para estudiantes y futuros profesionales por su claridad expositiva y argumental.

El Capítulo IX describe las nuevas formas de diplomacia, las representaciones ante las organizaciones y conferencias internacionales, con sus nuevos marcos convencionales y las normas que surgen de los acuerdos de sede; mientras que el capítulo XI aborda con detenimiento la cuestión del asilo diplomático, considerando su origen, marco jurídico y los posibles desarrollos a futuro. Una parte sustancial del Derecho Diplomático y Consular, el de los privilegios e inmunidades, es tratado específicamente en el Capítulo X, en el que se analizan las normas que regulan la inmunidad del Estado y de sus órganos centrales. Arredondo distingue las inmunidades funcionales de las personales y trata en particular la inmunidad de los Jefes de Estado y de los ministros de Relaciones Exteriores. La densidad de este Capítulo en cuanto al análisis que realiza de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, de otros tribunales internacionales y de numerosos tribunales internos en la formulación y en la aplicación de los privilegios e inmunidades del Estado y de sus órganos centrales, además de su abundancia en la incorporación de la doctrina, constituye un aporte sustantivo en el tratamiento de los privilegios e inmunidades. El análisis y sistematización de los privilegios e inmunidades diplomáticas y consulares se desarrolla con igual profundidad, abordando –con la misma solvencia tratados, jurisprudencia y doctrina– la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, la inviolabilidad de los locales, archivos y documentos, la conexión y las diferencias entre inmunidades y asilo diplomático, la inviolabilidad de las comunicaciones y de la correspondencia, el derecho de usar la



bandera y el escudo nacionales del país acreditante; y las exenciones fiscales y aduaneras. El análisis de los privilegios e inmunidades diplomáticas continúa con el referido a los miembros de la misión diplomática, titulares de privilegios e inmunidades de carácter personal, de la inviolabilidad de la residencia, documentación y correspondencia, de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, de privilegios fiscales e inmunidad aduanera. Tales privilegios e inmunidades se extienden con diverso alcance al personal administrativo y técnico, al personal de servicio y a la familia; y cada situación es sistematizada con igual rigor por el autor, que permite comprobar la dedicada investigación que es el sustento de este libro. El capítulo se completa el análisis de los privilegios e inmunidades tanto de la misión consular como de los miembros de la oficina consular, las inmunidades y privilegios de las organizaciones internacionales y de sus funcionarios, de las misiones especiales, las inmunidades derivadas de los acuerdos sobre estatus de las fuerzas armadas y la vinculación entre las inmunidades y los derechos humanos.

La nueva obra de Arredondo no se limita a la exégesis de las normas internas e internacionales que rigen esta materia y la manera de cómo fue aplicada por los tribunales sino que ahonda en los permanentes desafíos que enfrenta la conducción de las relaciones exteriores en un mundo crecientemente globalizado, en el que el volumen del tráfico transfronterizo amenaza la capacidad de un Estado para enfrentar por sí solo flagelos como el narcotráfico, el crimen organizado o el lavado de dinero, las pandemias o la pobreza y el hambre, entre otros. El mundo de hoy en día no es sin dudas el mismo que imperaba cuando se consagraron las primeras reglas de derecho positivo en los Convenios de Viena de 1815 y de Aquisgran de 1818. Ni siquiera, el vigente en 1961, cuando se adopta, también en Viena, la Convención de las Naciones Unidas sobre Relaciones Diplomáticas o la de Relaciones Consulares en 1963. Es válido destacar el desarrollo ordenado y completo de los temas abordados en esta publicación, de tal manera que la consulta de la obra se torna amable con el lector, en un texto que debería resultar de interés aun para un público no especializado. Sería deseable el ciudadano de a pie adquiriera algún nivel de conocimiento general de la labor que desarrollan los diplomáticos, ya que en vastos sectores de la ciudadanía hay un desconocimiento generalizado de la profesión, de los fines que persigue y de los medios para alcanzarlos.

La obra tiene debidamente en cuenta el imprevisible y extraordinario desarrollo que han alcanzado las comunicaciones y el acceso a la información, lo cual ha alterado considerablemente la naturaleza de la acción del diplomático. Ya no se justifica la elaboración de extensos informes descriptivos, tratando de competir con los medios digitales fácilmente accesibles. Sin embargo, el análisis y las reflexiones del funcionario “en el terreno” y las vinculaciones personales que logre cimentar en su lugar de destino seguirán siendo irremplazables. Por otra parte, el diplomático actual está llamado a desempeñar un importante rol en lo que se ha dado en llamar “diplomacia pública”, o sea la difusión a través de diversos medios de comunicación de la realidad de un país, a fin de hacerlo atractivo y mejorar su imagen, lo cual a su vez redundará en mejores contactos con el exterior y en la promoción del comercio y las inversiones. Esto compromete al diplomático a proyectar su acción más allá de la esfera gubernamental, coadyuvando a cimentar ese poder blando, o soft power, que está tan vigente hoy en día. Y que para no ser mera propaganda debe basarse en la realidad y en la verdad.

La obra concluye con un capítulo titulado “El futuro de la diplomacia”, que refleja la conjunción de diplomacia y formación académica del autor y serán apreciadas por el lector. Aquí, el

profesor Arredondo abre nuevas perspectivas para entender la evolución de la diplomacia en el camino para hibridar su condición entre privada y pública. La realidad global actual es más abierta y se orienta a un contexto de desintermediación y digitalización, donde se construye una red con distintos intereses y conexiones. La habilidad de la diplomacia pública reside en su capacidad para relacionar un mayor número de nodos y conectar con la ciudadanía: este será el objetivo fundamental para generar influencia. En este sentido, la nueva diplomacia busca ser coherente, atender a los ciudadanos y, con tal propósito, debe expresar en qué consiste, cómo es su trabajo y qué puede hacer por la ciudadanía. Se trata de una diplomacia en red porque es abierta y fomenta la participación de nuevos actores en el ámbito global. Las grandes corporaciones, las ONG, las ciudades, las universidades, las corrientes culturales, los movimientos sociales o las organizaciones religiosas se posicionan en la esfera internacional con la intención de influir sobre la ciudadanía. La nueva diplomacia no es ajena a los fenómenos políticos actuales. La desafección de la ciudadanía hacia la política, el auge de los populismos, la polarización que aumenta la brecha ideológica en las sociedades o el protagonismo de la emoción sobre la razón en la construcción del argumentario político. Estos son algunos factores que contribuyen a deslegitimar progresivamente la labor de las instituciones, así como a incrementar la cantidad de voces que aluden al catastrofismo. Así pues, los nuevos modelos de diplomacia buscan potenciar su confianza en una opinión pública cuyos intereses, preocupaciones y demandas también han cambiado significativamente.

En síntesis, los nuevos desafíos globales requieren un cambio en la acción exterior para convertirla en una actividad especializada, propia de la diplomacia pública. Esto conlleva un esfuerzo de los actores involucrados en inversión y recursos para fortalecer un proceso híbrido, donde profesionales de la diplomacia, la comunicación y la tecnología trabajan conjuntamente para recopilar datos, analizarlos y diseñar los mensajes adecuados para generar impacto e influencia en la sociedad. Así se establece una conexión más potente con una ciudadanía acostumbrada a la pluralidad de voces y que quiere ver sus inquietudes reflejadas en el discurso político global. La diplomacia pública está relacionada con la comunicación estratégica y con la aparición de nuevos actores con capacidad para ejercer influencia. Ciudades, regiones, ONG o empresas participan e influyen en las decisiones que se insertan en la política exterior. La finalidad de la diplomacia pública sigue este camino, con nuevos medios y técnicas que siguen una lógica distinta: se incluye a las redes sociales por ofrecer una comunicación bidireccional, de participación abierta, sobre todo a los más jóvenes a los que se dirige la nueva estrategia.

El crecimiento exponencial de la diplomacia pública actualiza su finalidad: crear un marco común donde situar las acciones políticas y los mensajes lanzados desde las instituciones a tiempo real, en un entorno concreto y transparente. Ya no se circunscribe al modelo tradicional de portavocía oficial con comunicaciones formales por la dirección del ministerio o la presidencia. El diplomático no es “el hombre honesto que es enviado al exterior a mentir por su país” – afirmación atribuida a Ambrose Bierce, en su *Diccionario del Diablo* –, sino que debe hacer de la verdad y de la honestidad sus mejores armas para transmitir un mensaje creíble y fomentar la confianza de sus interlocutores. Esta nueva contribución al estudio de las relaciones exteriores que nos ofrece Ricardo Arredondo claramente demuestra que entre los servidores públicos hay quienes están dispuestos a no ahorrar esfuerzos para dar lo mejor de sí mismos para justificar la confianza y la responsabilidad que la sociedad ha depositado en ellos.

En resumen, una contribución de alta calidad académica y práctica, que será una herramienta de estudio y de consulta para alumnos de grado y posgrado en carreras de derecho, ciencia política y relaciones internacionales, para funcionarios diplomáticos y consulares, tanto del país como del exterior, que quieran adentrarse en esta materia. Una obra donde el autor confirma su calidad de jurista, que viene precedida por la publicación de otras obras y más de un centenar de artículos en revistas especializadas. Solo nos resta recomendar vivamente su lectura y tenerla como obra de consulta.

**Pablo Gómez-Iniesta**  
**Universidad de Castilla-La Mancha**

**Juan Luis Manfredi**  
**Georgetown University**



**BLANC ALTEMIR, A. (Dir.), ORTIZ HERNÁNDEZ, E. y COS SÁNCHEZ, P. (Coords.),** *Las relaciones comerciales de la Unión Europea con el resto del mundo. Un análisis desde la postpandemia y la agresión rusa a Ucrania*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 556 pp.

El convulso e incierto panorama internacional en que nos encontramos sumidos en la actualidad, en el que las consecuencias de la pandemia de la COVID-19 se dejan sentir todavía en múltiples planos, unido a los escenarios bélicos abiertos, provoca enormes dudas respecto al devenir económico y comercial de nuestro entorno. Dada la relevancia de este tema, resulta del máximo interés la obra colectiva que presentamos. La misma reúne, a lo largo de sus casi seiscientas páginas, un total de veinticinco contribuciones, desgranando las aportaciones vertidas en cinco seminarios, realizados en el contexto de la Cátedra Jean Monnet dedicada al estudio del tema “EU, promoter of the free trade and multilateralism”. Esta obra colectiva, resultado de un conjunto muy amplio de trabajos previos, ha permitido analizar en profundidad, como señala su director, el profesor Antonio Blanc Altemir, las relaciones comerciales de la UE con el resto del mundo.

Actúan como coordinadoras de la misma Eimys Ortiz Hernández y Pilar Cos Sánchez, ambas, al igual que su director, profesoras de la Universitat de Lleida, ofreciendo una panorámica enormemente amplia, cuasi universal, de la evolución y los retos que las relaciones comerciales de la UE suponen en los escenarios geográficos de mayor relevancia. Por supuesto, no son todos los que están, pero sí cabe afirmar que el conjunto de los ámbitos geográficos que se contemplan son los que revisten una mayor importancia para nuestro contexto regional. Europa se encuentra inmersa en la actualidad en una situación de incertidumbre, contagiada de la propia panorámica mundial, como consecuencia del advenimiento de la pandemia de la COVID-19, la agresión rusa a Ucrania y los acontecimientos que se viven en Oriente Medio, que amenazan con una escalada bélica de proporciones impredecibles. No cabe ninguna duda de que, ante este escenario, reflexionar acerca de cuál es y debe ser el rol que la Unión Europea ha de desempeñar, como actor global y de manera particularizada en el contexto del comercio internacional, es a todas luces imprescindible. Ante una panorámica como la que plantean las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2024, y los eventuales cambios que el contexto internacional depare (especialmente si a finales de este año se produce un cambio en la Casa Blanca), no nos queda más que reflexionar detenidamente acerca del papel que la UE juega y debe asumir en un contexto internacional cada vez más volátil como el actual.

Teniendo presentes las anteriores reflexiones, una obra colectiva como la que nos ocupa, en su discurrir a lo largo de los veinticinco capítulos que la componen (veinticuatro de ellos numerados, a los que se suma un capítulo introductorio elaborado por el profesor Blanc Altemir), permite analizar diversos elementos. En primer término, una visión general, que explica la razón de ser de este libro, de manera particular todo lo relacionado con las relaciones comerciales de la UE en un contexto post-pandémico. A esto se suma el escenario complejo provocado por la guerra en Ucrania, y los retos fundamentales que habrán de asumirse en el inmediato futuro.

Tras ello, en la que se ha estructurado como Primera Parte, yendo de lo general a lo particular, se analiza la UE y el multilateralismo, en conexión directa con los retos y conflictos internacionales actuales. Le sigue una segunda parte, en la que es objeto de atención “el resto

de Europa” y las relaciones comerciales de la UE con dicho escenario (entendiendo por tal el Reino Unido, el Espacio Económico Europeo, Suiza, los microestados europeos, los Balcanes occidentales y Turquía, objeto de capítulos separados cada uno de estos lugares). No se deja de lado todo lo relativo a la vecindad oriental y sur de la Unión Europea, en lo que concierne a sus relaciones comerciales, conformando la Tercera Parte de esta obra. Cambiando de continente, una Cuarta Parte se centra en el continente americano, abordando todo lo concerniente a América del Norte, Centroamérica y América del Sur (el polémico Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA), las relaciones comerciales con Estados Unidos, México, el Acuerdo con Centroamérica, las relaciones comerciales con Colombia, Perú y Ecuador, finalizando este bloque con los Acuerdos de la UE con Chile y Mercosur). También el continente asiático es objeto de atención, esta vez en la Quinta Parte de la obra, centrándose en Japón, China, India, Corea del Sur, Singapur y Vietnam, algunos de los ejemplos más significativos de Estados con los que la UE tiene unas relaciones comerciales de relevancia. Esta obra colectiva se cierra con una última parte –la Sexta– dedicada a las relaciones con otros dos continentes –África y Oceanía–, centrándose en el estudio de lo que acontece respecto de los países ACP y Sudáfrica, por lo que respecta al continente africano, junto con Australia y Nueva Zelanda, en lo concerniente a Oceanía.

Como puede verse, se trata de un análisis enormemente amplio, que abarca todos los continentes, en una obra que también se caracteriza por su extensión. De hecho, no suele ser frecuente en la actualidad que se publiquen obras colectivas de estas dimensiones, dado que las exigencias editoriales se mueven por otros parámetros, donde los costes –ya que nos referimos a las cuestiones económicas en esta recensión– impiden publicar obras que superen las 200-300 páginas. Una obra colectiva de estas dimensiones, acorde con la temática tratada, que trata de cubrir todos los ámbitos geográficos de relevancia para la Unión Europea en lo que al desarrollo de sus relaciones comerciales se refiere, debe ser bienvenida. No cabe más que felicitar, tanto a la editorial Aranzadi como a los autores que contribuyen a la misma, por haber superado uno de los escollos fundamentales que el mundo editorial actual presenta. Es completamente lógica la extensión de la obra, que pretende abarcar el planeta, ofreciendo al lector una visión completa del entramado de relaciones comerciales que la Unión Europea desempeña –y pretende llevar a cabo– a lo largo y ancho de nuestro planeta azul.

Si pasamos a desglosar de manera específica el contenido de esta obra colectiva, el Capítulo introductorio de la misma, redactado por su director, el profesor Antoni Blanc, nos sitúa ante el propósito de este libro: desde la atalaya que nos proporciona el contexto internacional, la transición Trump-Biden en la Casa Blanca, los efectos de la pandemia (y la post-pandemia, que aún se dejan sentir en algunas cuestiones relacionadas directa o indirectamente con el ámbito comercial e, incluso, con la corrupción que la compra “desesperada” de material sanitario llevó consigo), a lo que se unen todos los problemas derivados de la invasión de Ucrania por parte de Rusia, son cuestiones objeto de análisis detenido. La lucha por la hegemonía mundial por parte de Estados Unidos, China y Rusia, el lugar que ocupa la Unión Europea como actor global, su papel en la lucha contra la pandemia (por ejemplo, en lo que a las vacunas concierne), o las sanciones contra Rusia constituyen cuestiones sobre las que conviene reflexionar, para comprender la realidad actual y los nuevos desarrollos –necesarios– de la Política Comercial de la UE, con el objetivo de que la misma sea más ambiciosa y sostenible. No debe

olvidarse el hecho de que “la Unión es el primer socio comercial de setenta y cuatro países de todo el mundo (...) y uno de los principales destinos de las exportaciones procedentes de los países de renta baja, en particular de África y de los países de la vecindad” (p. 42). Esta última cuestión, sobre la que también conviene detenernos, está provocando cierto malestar en los colectivos dedicados al ámbito agropecuario en la UE, dando origen a sonoras protestas en 2024. No se trata por tanto de una cuestión baladí, sino que las relaciones comerciales de la UE con terceros, y como se equilibren las mismas con lo que acontece en el propio ámbito de los 27 EM y los colectivos afectados, directa e indirectamente, constituyen cuestiones fundamentales a las que se debe hacer frente con responsabilidad.

Este capítulo introductorio sitúa la cuestión ante los retos que la misma presenta, dados los procesos de negociación en curso, los que están por venir y/o los acuerdos que requieren de pasos posteriores como su ratificación o finalización de regímenes transitorios en determinadas materias. Se trata, por ende, de un tema en permanente evolución, no exento de desafíos, como nos advierte Blanc Altemir, al señalar que “la política comercial de la Unión debe tener en cuenta los desafíos existentes y las tendencias mundiales actuales, para mantener el flujo comercial hacia y desde sus mercados al resto del mundo, preservando sus valores, pero haciéndolos compatibles, en la medida de lo posible, con sus intereses en aras de avanzar hacia una autonomía estratégica abierta que refleje su ambición política en el mundo” (p. 50). Todo un reto, que exige conjugar numerosos elementos en presencia, como pasaremos a analizar en cada uno de los ámbitos geográficos estudiados.

La crisis del multilateralismo y el rol de la UE frente a dicha situación son cuestiones analizadas por José Luis de Castro Ruano, señalando que, si no queremos caer en la irrelevancia, debemos profundizar en el proceso de integración, “para convertirnos en un actor geopolítico autónomo capaz de moderar la rivalidad entre Washington y Pekín”, así como construir “nuestro propio orden de seguridad” (pp. 71-72). En esta misma Parte Primera, Joaquín Alcaide Fernández estudia el rol fundamental de la Unión Europea en la prevención y resolución de los conflictos internacionales, otro aspecto sustancial del multilateralismo. El denominado “enfoque integrado de conflictos” que incluye todas las fases, todos los niveles, todas las políticas, un necesario enfoque pluridimensional, así como un enfoque multilateral que tenga presente a todos los actores, es imprescindible. Por supuesto, sin olvidar el papel del Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y del Servicio Europeo de Acción Exterior, la adopción de medidas restrictivas, junto a las misiones y operaciones civiles y militares en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa.

Adentrándonos en la Segunda Parte de esta obra colectiva, dedicada a las relaciones con el resto de Europa, Pablo Podadera y Anna Garashchuk se preguntan acerca de la posibilidad de considerar al Reino Unido como nuevo socio estratégico de la UE, dados los lazos económicos, sociales y culturales existentes, que no deberían caer en el olvido tras el Brexit. Marco Gestri analiza el estado del Espacio Económico Europeo, así como sus límites, más de treinta años después de su puesta en práctica caracterizada por el pragmatismo; aboga por una necesaria adaptación, que tenga en mente la cooperación, frente a la situación actual que denomina “business as usual”. Siguiendo con este ámbito regional, las relaciones comerciales con Suiza plantean no pocos retos, como pone de relieve Romualdo Bermejo, gran conocedor de la realidad de este país; las razones que han llevado al rechazo unilateral por parte de dicho Estado

al acuerdo institucional, así como el diseño de propuestas para superar esta crisis son objeto de amplia reflexión por parte de este autor. La realidad actual parece decantarse por la adopción de medidas en la senda que nos propone este autor, tras el Entendimiento común alcanzado en diciembre de 2023.

Los microestados europeos y sus relaciones comerciales son objeto de atención por parte de Valentín Bou Franch, en particular Andorra, San Marino y Mónaco. Su evolución e importancia, así como el proceso de negociación de un Acuerdo de Asociación Económica con la UE, son cuestiones clave abordadas en este capítulo. A ello siguen los Balcanes Occidentales (Albania, Bosnia y Herzegovina, Kosovo, Montenegro, Macedonia del Norte y Serbia), a los que dedica su atención Paula Cisneros Cristóbal; en dicho estudio califica a los Acuerdos de Estabilización y Asociación celebrados por la UE y dichos Estados como Acuerdos de Libre Comercio de “primera generación”, siendo mucho más que un instrumento para fomentar la cooperación o las relaciones económicas. Un panorama incierto se dibuja respecto de Turquía, como plantea Natalia Aldaz Ibáñez; con unas conversaciones para la adhesión paralizadas desde 2018, y una compleja situación internacional (y geoestratégica de primer orden), los interrogantes que surgen son inmensos.

La tercera parte, que consta de dos capítulos, se dedica a las relaciones comerciales de la UE con la vecindad oriental y sur; respecto del primer ámbito, Victoria Rodríguez Prieto estudia lo concerniente a Moldavia, Ucrania, Georgia, Armenia, Azerbaiyán y Belarús, a la luz de los acontecimientos recientes. En el segundo orden de cosas, el escenario diseñado por los Acuerdos Euromediterráneos, con un especial énfasis en las situaciones de Siria y Libia, son analizados por Roberto Pérez Salom. Este autor aconseja “una modernización y ampliación de los Acuerdos vigentes, o una sustitución, en su caso, mediante la celebración de acuerdos de libre comercio de alcance amplio y profundo” (p. 275).

Trasladándonos al continente americano, al que se dedica la Cuarta Parte de esta obra colectiva, Pilar Cos Sánchez nos invita a reflexionar acerca del Acuerdo CETA, entre la UE y Canadá, en particular comparando la situación antes y después de la pandemia de COVID-19, así como los aspectos positivos que de dicho acuerdo se derivan. Estados Unidos es otro actor fundamental de la región, abordado por la profesora Ana Manero Salvador: lo que nunca fue (el TTIP), la guerra comercial con Trump, y el apaciguamiento con Biden son objeto de estudio detenido en este capítulo, en un escenario de incertidumbre. La dinámica de las relaciones comerciales con México, por Antonio Colom Gorgues, que ha desembocado en un acuerdo con aspectos innovadores, conecta con el Acuerdo con Centroamérica –objeto de estudio por Elena C. Díaz Galán–, en la senda de crear amplios espacios de cooperación entre Europa y América Latina. Algo similar sucede con las relaciones mantenidas con Colombia, Perú y Ecuador (que presenta Déborah Presta Novello), o los Acuerdos con Chile y Mercosur (abordados por Gerardo Copelli Ortiz). Por supuesto, sin dejar a un lado los inconvenientes que algunos de estos Acuerdos presentan, como sucede respecto del sector agrícola y ganadero, con el choque de intereses que plantean estos ámbitos.

Desde hace algún tiempo, Asia parece configurarse como el “continente del futuro” (actualmente del presente) hacia el que todos los actores –globales o que pretenden serlo– dirigen su mirada. Esta obra colectiva no podía permanecer ajena a dicha realidad, de la que se da cuenta



en la Quinta Parte. Se abordan las relaciones UE-Japón (y el nuevo paradigma que presentan las mismas, como señala Carmen Tirado Robles); asimismo, China es un ejemplo fundamental (los intercambios comerciales y la defensa de los valores constituyen una enorme disyuntiva, en palabras de Sergio Salinas Alcega). Este autor argumenta además que “el tamaño del desafío es directamente proporcional al volumen y la trascendencia de la relación comercial, y estratégica, con el gigante asiático” (p. 435). Se continúa con India (y su nueva etapa de relaciones, como afirma Enrique J. Martínez Pérez), Corea del Sur (enfrentándonos a una nueva generación de acuerdos de libre comercio, objeto de estudio por Eimys Ortiz Hernández) a lo que siguen Singapur y Vietnam (por parte de Margarita Moltó Aribau). Todo ello, poniendo de relieve la importancia crucial de este contexto regional, tanto para las relaciones comerciales (aspecto de primer orden) como para la geopolítica mundial actual.

La última parte de la obra se detiene, cerrando este círculo planetario, en las relaciones comerciales de la UE con África y Oceanía. En primer término, se analiza la relación con los países ACP (bastante limitada, como afirma José Elías Esteve Moltó) y donde China va desplazando los intereses europeos (p. 514), a lo que cabe sumar Sudáfrica (objeto de estudio por parte de Rosa M. Florensa Guiu, que destaca el potencial de las mismas). El último de los capítulos se refiere, moviéndonos hacia Oceanía, a las relaciones bilaterales con Australia y Nueva Zelanda, analizadas por Blanca Escardíbul Ferrá, que estudia con detenimiento los acuerdos de libre comercio con dichos Estados.

Esta obra colectiva permite reflexionar acerca del papel de la UE como actor global en diversos escenarios geográficos de nuestro planeta, cómo ha evolucionado dicho rol, así como los principales retos que debe afrontar en la actualidad, a la luz de un escenario internacional convulso, volátil en todos los terrenos, donde los tambores de guerra, los riesgos sistémicos del cambio climático y el escenario post-pandémico global son elementos de primer orden. La influencia de grandes potencias como China y Rusia en el ámbito internacional, el rol de Estados Unidos –con la vista puesta en quien será el próximo inquilino de la Casa Blanca y cómo influirá esto en la geopolítica y el comercio mundiales– hacen que este libro y sus reflexiones sean más necesarios que nunca. Y como toda obra permanece inacabada porque la realidad internacional avanza a ritmo frenético, desde aquí animo a sus autores a seguir investigando en el devenir de estas relaciones comerciales en el inmediato futuro, plagado de incertidumbres. No sin antes agradecer y dar la bienvenida a una obra tan completa, reflexiva y crítica, que nos acerca a uno de los grandes interrogantes a los que se enfrenta la Unión Europea: su papel en el mundo como actor global.

**María Isabel Torres Cazorla**  
**Universidad de Málaga**



**CALVO VIDAL, I.A., *Ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE*, Bosch, Madrid, 2023, 262 pp.**

Bajo el título *La ley aplicable a los efectos patrimoniales de matrimonios y uniones registradas y a las sucesiones en la UE* y publicado en el año 2023 en la editorial Bosch, el Dr. Calvo Vidal, notario en ejercicio desde hace más de 25 años, nos brinda una de esas obras que están llamadas a ser un referente en la materia. Dos factores, muy particularmente, atestiguan tal afirmación.

Comenzaré por la referida a su autor, aunque su dilatada –siempre exitosa– trayectoria no requiera de muchas presentaciones. Así pues, el autor de esta obra aúna en su persona una virtud poco común hoy en día, que permite asegurar que las reflexiones vertidas en la misma –mejor dicho, en todos sus trabajos– han sido contrastadas y maduradas, como es la “posesión” de los siguientes tres elementos básicos: experiencia práctica, superlativa comprensión y utilización de las fuentes primarias y secundarias e intensa actividad corporativa. Dicho de otro modo, si nuestro imaginario debiera dibujar un autor del que “fiarnos”, probablemente tendría un perfil muy similar al que tiene el Dr. Calvo Vidal. No les voy a negar, por tanto, que cuando se me acometió la tarea de recensionar su última obra acepté encantado, porque conozco la calidad del autor, y porque muy especialmente su monografía sobre el certificado sucesorio europeo –temática en la que se insertan líneas de investigación “comunes” a ambos– es todo un referente en la materia.

En segundo lugar, el éxito que se presume tendrá la obra recensionada se explica por la acertada elección del tema y por cómo lo desarrolla y expone su autor, no solo desde punto de vista teórico, sino esencialmente práctico –en este caso, como aplicador del derecho, particularmente como notario–. Como bien se ha dicho, el notario es “el rompeolas de la realidad jurídica” y un garante esencial de la previsibilidad y seguridad jurídica –principios que el Dr. Calvo Vidal no pierde de vista a lo largo de su obra– y, por ello, contar con una monografía que aborda la realidad del fenómeno sucesorio, el régimen económico matrimonial y los efectos patrimoniales de las uniones registradas desde este doble prisma se antojaba necesario. De hecho, como bien indica el prologuista de la misma, el prof. Rodríguez Benot –máxima autoridad en España en la materia en asuntos internacionales– los reglamentos reguladores de tales materias son, sobre todo, reglamentos notariales.

La temática general de la obra está circunscrita, como ya se ha podido anticipar en el párrafo anterior, a tres reglamentos europeos: el Reglamento (UE) n° 650/2012, el Reglamento (UE) n° 2016/1103 y el Reglamento (UE) n° 2016/1104, aplicables todos ellos en España. En definitiva, a una gran parte del Derecho internacional privado de familia y sucesiones de la Unión Europea más reciente y de mayor relevancia para los ciudadanos de la Unión Europea. Desde el punto de vista de los sectores de esta disciplina, –competencia judicial internacional, ley aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones–, el Dr. Calvo Vidal ha optado por centrarse en el segundo de ellos porque, en efecto, es el que presenta un impacto más visible –sin desmerecer a los otros dos, por supuesto– para las personas: éstas quieren saber, en definitiva, el patrimonio que les corresponde vía disolución del matrimonio/unión registrada y/o vía sucesoria. La importancia de la ley aplicable, por tanto, está fuera de toda duda, como también

debería estarlo la conexión, no solo temática sino también temporal, de las materias elegidas en la monografía.

Es turno ahora de hacer un comentario específico, aunque breve, de cada uno de los capítulos –nueve en total– de los que se compone la obra. Intentaré, en la medida de lo posible, no relevar sus conclusiones más relevantes, aunque en algunas ocasiones, por el interés que me suscita el tema, haré un comentario específico sobre alguno de sus aspectos.

El primer capítulo, titulado “Ámbito de aplicación de los Reglamentos”, se divide en dos epígrafes. En el primero, el Dr. Calvo Vidal se refiere a la necesidad de que la situación en cuestión presente repercusión transfronteriza. En efecto, la disciplina del Derecho internacional privado solo entra juego cuando se ponen en liza legislaciones de distintos Estados que, potencialmente, “reclaman” regular el problema jurídico de que se trate. El autor de la obra cita, como ejemplos más relevantes, los referidos a la persona de los cónyuges o miembros de la unión registrada, del testador o disponente y del causante, en atención a su nacionalidad, residencia habitual, domicilio o ubicación de bienes de su propiedad en distintos Estados. Por otro lado, se aborda con detalle el ámbito de aplicación de los tres reglamentos europeos en todas sus vertientes: material, temporal y territorial. Respecto de este último, el autor de la obra pone claramente de manifiesto un aspecto esencial para entender la –compleja– aplicación coordinada de todos ellos, como es el hecho de que, aunque los tres reglamentos europeos se apliquen en España, no cuentan con el mismo ámbito de aplicación territorial: mientras que el Reglamento (UE) n° 650/2012 se aplica en todos los Estados miembro a excepción de Dinamarca, los otros dos lo hacen en virtud del procedimiento de cooperación reforzada en 18 Estado miembro. El Dr. Calvo Vidal, no obstante, deja claro que las normas de ley aplicable –sobre las que se centra la monografía– tienen aplicación universal en todos los reglamentos europeos mencionados y que, por tanto, las dificultades derivadas de su asimétrico ámbito de aplicación territorial emergerían, muy particularmente, en relación con la competencia judicial internacional y la eficacia extraterritorial de decisiones.

Los capítulos dos y tres constituyen lo que, para mí, es el corazón de la obra: la determinación del ordenamiento jurídico aplicable en sentido estricto. Justo en este punto es donde, además, se percibe la claridad y el carácter didáctico que tiene la obra: se distingue, por un lado, el escenario de la autonomía de la voluntad conflictual y, por otro, el de la ley aplicable en defecto de elección. Su división en epígrafes es coherente y fiel a los resultados a los que las conexiones de los distintos reglamentos pueden conducir y de ahí que la obra pueda ser claramente útil para el operador jurídico en su día a día.

Destacaría, en relación con el mencionado escenario de la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y/o los efectos patrimoniales de las uniones registradas, un aspecto que aborda con detalle el Dr. Calvo Vidal y sobre el que la doctrina no se ha prodigado con mucha amplitud, como es el de la mutabilidad de la misma y su interrelación con el contenido, en sentido sustantivo, del “nuevo” derecho aplicable –especialmente lo dispuesto en relación con un cambio legislativo que afecte al régimen económico matrimonial–.

Debe partirse, para el correcto entendimiento de esta cuestión, de la interiorización de algunos presupuestos teóricos básicos –distinción de autonomía de la voluntad material vs. autonomía de la voluntad conflictual, como el hecho de que los Estados del mundo cuentan con distintos

regímenes económicos matrimoniales secundarios en ausencia de elección–, del acompañamiento de ejemplos gráficos –por descontado, con elemento internacional– y de la necesidad de consultar, en todo caso, el contenido del derecho material aplicable al que conducen las conexiones de los reglamentos europeos –no quedarse, en definitiva, en la mera labor de señalar la ley aplicable, sino ahondar en si la misma puede producir un impacto en el ejercicio y límites de sus posibilidades– y considero que la obra recensionada así lo hace.

En este sentido, el Dr. Calvo Vidal se adentra, entre otros, en los problemas a que conduciría el hecho de que las partes optaran por la eficacia *ex tunc* del cambio de ley aplicable –posibilidad prevista en los arts. 22.2 y 3 de ambos reglamentos europeos– si a ella acompañaran reformas, de mayor o menor calado, en el nuevo ordenamiento jurídico elegido. Esta cuestión es de especial trascendencia en aquellos supuestos en los que un determinado legislador estatal ha modificado, perfilado o cambiado el régimen económico matrimonial secundario previsto en su normativa interna. Considero que, de conformidad con la clasificación que hacen los prof. Esplugues Mota y Palao Moreno en su manual de Derecho internacional privado, nos encontraríamos ante un “Conflicto internacional transitorio”, que es una de las complicaciones que plantea la aplicación práctica del derecho extranjero convocado por la norma de conflicto en el seno de los problemas relacionados con la consecuencia jurídica. Siendo así, habrá que estar a lo dispuesto en las normas de Derecho transitorio –especiales o generales– previstas por el derecho extranjero convocado por la norma de conflicto. Así, por ejemplo, si un determinado legislador estatal ha fijado un *dies a quo* para la aplicación del “nuevo” régimen económico matrimonial, en ausencia de elección, el cambio retroactivo de ley aplicable deberá ir en consonancia, respecto del concreto régimen económico matrimonial secundario aplicable, con lo que, en efecto, éste haya previsto. Como bien indica el Dr. Calvo Vidal, se necesita del asesoramiento y consejo profesional para que las partes tomen, cuando menos, conciencia de la complejidad que puede conllevar la retroactividad del cambio de ley aplicable.

Los restantes capítulos son un complemento ideal a todo lo anterior. Me referiré a continuación brevemente al contenido de todos ellos, menos al sexto y noveno, que trataré con algo más detalle –y opinión– en la parte final de esta recensión.

En el capítulo cuarto el Dr. Calvo Vidal distingue aquellas situaciones en las que, debido a diversas circunstancias, o bien la ley aplicable difiere de la prevista a través de la/s regla/s general/es en los reglamentos europeos, o bien determinados aspectos colindantes quedan el amparo de otra normativa estatal distinta de la designada por las normas de conflicto. Se trata de lo que el autor denomina las “leyes anticipadas” en el contexto del Reglamento (UE) nº 650/2012, a las que se acompaña, por ejemplo, el análisis concreto de las disposiciones referidas a las leyes de policía o de adaptación de derechos reales en el marco de todos los reglamentos europeos.

En el capítulo quinto el autor ha optado por examinar otras técnicas o mecanismos de Derecho internacional privado que también pueden impactar en el resultado final, como son el reenvío o el orden público internacional.

Mención especial merece, junto con lo anterior, el exhaustivo análisis que, del ámbito específico de la ley aplicable, realiza el autor en el capítulo séptimo. Se trata, en efecto, de los concretos aspectos que la ley designada debe regular y que vienen a constituir una suerte de

complemento ideal a las disposiciones referentes al ámbito de aplicación material “general” previsto en los art. 1 de cada reglamento europeo. Todo ello lo acompaña el Dr. Calvo Vidal con una explicación muy didáctica, nutrida de ejemplos y, cuando resulta necesario, con referencia a las correspondientes sentencias judiciales o resoluciones de órganos extrajudiciales, y de ahí que el resultado final de este capítulo sea tan completo.

En el capítulo octavo el autor de la obra nos ofrece una visión general de los problemas que la aplicación de un derecho extranjero puede plantear. Considero que haber incluido un capítulo sobre esta temática es muy acertado, porque ofrece así al operador jurídico información concreta sobre cómo actuar cuando las conexiones de los reglamentos europeos designan un derecho que no es el de foro. En definitiva, es una obra útil desde que se plantea el problema hasta que, en efecto, se ha de proceder a su resolución.

Me referiré, para terminar, y tal como anuncié anteriormente, al contenido de los capítulos sexto y noveno, en los que el autor, en esencia, plantea –sobre todo en el último de ellos– los problemas de engarce y coordinación existentes entre el modelo de remisión escogido en los reglamentos europeos y las normas internas sobre conflictos de leyes en aquellos supuestos en los que deba determinarse la concreta ley española aplicable a las sucesiones, al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, cuando la ley designada en virtud de las conexiones de los reglamentos europeos sea la española. Lo hace el Dr. Calvo Vidal de una manera exhaustiva y rigurosa, con múltiples ejemplos. Destacaré, muy en especial, dos aspectos que el autor trata para poner de manifiesto que no rehúye en ningún momento los aspectos más complejos, sino que los aborda y ofrece soluciones argumentadas y razonadas en relación con los mismos.

El primero referido a las sucesiones, por cuanto se trata en la monografía la “polémica” surgida en torno a la posibilidad de que un extranjero pueda, o no, acogerse a las instituciones sucesorias previstas en las legislaciones civiles o forales de España. Considero que este es el verdadero caballo de batalla de la cuestión, ya que refleja, en última instancia, los problemas de constitucionalidad en torno a los preceptos autonómicos que exigen o imponen una determinada vecindad civil. Tenemos, además, en España una particular “batalla” entre los órganos administrativos y los judiciales que en nada contribuye a los ya mencionados en esta recensión principios esenciales de la previsibilidad y seguridad jurídica.

El segundo aspecto versa sobre las concretas uniones registradas españolas que deben entenderse incluidas en la definición autónoma prevista en el Reglamento (UE) nº 2016/1104 y, en concreto, a si ésta prevé que la inscripción sea constitutiva o declarativa. Sin duda alguna se trata de una de las cuestiones sobre las que menos unanimidad existe en la doctrina española. Particularmente, el Dr. Calvo Vidal opta por una tesis restrictiva, en el sentido de entender incluidas en la definición únicamente a las uniones registradas creadas en torno a los Derechos civiles forales de Islas Baleares, Galicia y País Vasco. En mi caso, en trabajos anteriores, he defendido una postura más aperturista, entendiendo que lo que exige el reglamento europeo es que la unión esté inscrita, lo que incluiría tanto aquellas en las que el “nacimiento” de la unión se produce con el registro, como aquellas creadas en virtud de otros criterios pero que han sido posteriormente o alternativamente registradas. Son solo dos ejemplos de la gran variedad de tesis que existen en torno a esta cuestión. Considero que urge, en consecuencia, que el TJUE

se pronuncie sobre el alcance de la definición autónoma mediante una cuestión prejudicial que permita aclarar qué concretas uniones constituidas en virtud de una ley española se incluyen en su ámbito de aplicación.

Finalizo esta recensión poniendo nuevamente de manifiesto las dos razones esenciales que justificarían el por qué merece la pena leer, consultar y trabajar con esta obra. Primero, por la calidad de su autor, en la triple vertiente ya comentada. Segundo, por la claridad, rigor y excelencia con la que se expresa en cada uno de sus capítulos. Estoy convencido de que el operador jurídico encontrará en esta obra una brújula básica para orientarse cuando los ciudadanos le planteen sus problemas patrimoniales derivados de la ruptura de la pareja o del fallecimiento de la misma.

**Pablo Quinzá Redondo**  
**Universidad de Valencia**





**CAMARERO SUÁREZ, V. y REGUART SEGARRA, N., *Las migraciones y su impacto en el progreso de la libertad religiosa en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 168 pp.**

Obra rigurosa, ágil y analítica que invita a la reflexión pausada desprovista de ideología. El estudio de las profesoras Camarero y Reguart tiene por objeto un análisis del estado actual de la libertad religiosa a raíz de los procesos migratorios que se producen en los últimos años, centrando el foco de atención en España y en Italia, así como en las insuficiencias cuantitativas y cualitativas de los servicios de nuestro estado de bienestar que el fenómeno de la inmigración ha hecho aflorar. De esta forma, las autoras regresan a un tema sobre el que ya habían trabajado anteriormente, y lo hacen con un resultado sobresaliente caracterizado, especialmente, por la profundidad del estudio y por su gran capacidad de síntesis.

Distribuida en dos partes claramente diferenciadas, la primera de ella se dedica al estudio de la inmigración como una cuestión clave para el desarrollo de la libertad religiosa en España.

Tras una breve introducción en la que muy acertadamente las autoras resaltan la necesidad de dar respuesta en clave de derechos humanos a los problemas que la diversidad genera, muy especialmente la diversidad religiosa (yihadismo, antisemitismo, multiculturalismo, gestión de la diversidad, debates morales como el existente sobre la eutanasia o el aborto, etc.), se dedica un segundo epígrafe a analizar estadísticamente la evolución de los movimientos migratorios en España durante el siglo XXI, país que ha pasado de ser un Estado eminentemente emisor de emigración, a un Estado en el que durante el siglo XXI se ha producido la llegada de más de cinco millones de personas de origen extranjero, tensionando la capacidad de respuesta y de integración de nuestro país. Igualmente, se analiza el impacto que la crisis económica del año 2007 tuvo sobre el fenómeno migratorio, el cambio de tendencia a partir del año 2014 y, finalmente, la repercusión de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19. Sobre esta última, no sólo estudia con rigor las consecuencias de la pandemia en términos de flujos migratorios, sino también en términos sociales y económicos respecto de personas inmigrantes que ya residían en nuestro país.

El tercer epígrafe de esta primera parte se dedica a evaluar la capacidad de respuesta y de integración de las políticas de nuestro país España a las diferentes expresiones religiosas protagonizadas por colectivos de inmigrantes, poniendo de relieve la circunstancia de que gran parte de las medidas adoptadas en la gestión del hecho religioso provenga de organismos competentes en materia de inmigración. Las autoras, en mi opinión acertadamente, se manifiestan críticas con esta circunstancia puesto que el ejercicio de la libertad religiosa suscita necesidades que no son inherentes a la condición de nacional o extranjero de su titular. Además, asociar la libertad religiosa al fenómeno de la inmigración no contribuye a erradicar el fenómeno de la xenofobia, ni facilita la integración plena del inmigrante a pesar del arraigo y del transcurso del tiempo. De gran interés es sin duda el análisis que las autoras, con destreza y rigor, efectúan de las restricciones más significativas que en materia de libertad religiosa afectan a las personas inmigrantes (restricciones en materia de acceso y establecimiento a los lugares de culto o en materia del derecho a recibir asistencia religiosa, con una especial mención a los centros de internamiento extranjeros o CIE). O de los abusos sociales y la discriminación religiosa que la comunidad musulmana y la comunidad judía sufre a pesar de las medidas adoptadas para

promover el ejercicio y práctica de la libertad religiosa. Y todo ello sin desconocer los riesgos que la radicalización violenta de algunos grupos minoritarios implica para la seguridad nacional. En este punto las autoras subrayan la importancia, pero también la dificultad, de lograr un equilibrio entre la seguridad nacional y el compromiso con la protección y garantía de los derechos humanos, así como la necesidad de adoptar las instituciones europeas y españolas y sus políticas a los nuevos retos que la inmigración presenta.

La segunda parte de la monografía realiza un análisis de contraste entre el ordenamiento jurídico español y el italiano sobre las mismas cuestiones que las apuntadas en el apartado anterior. El análisis comparado se justifica por el hecho de ser ambos sistemas, el español y el italiano, sistemas que guardan importantes similitudes: ambos son Estados laicos que amparan y protegen la libertad religiosa, ambos son Estados con una ubicación estratégica en términos migratorios por su proximidad a las costas africanas, y ambos Estados han experimentado una evolución en materia de flujos migratorios similar. Sin embargo, una importante diferencia entre ambos países, que lastra la actuación del Estado italiano en esta materia, es la ausencia de *intesa* con el islam, la segunda religión con mayor número de adeptos en Italia, lo que impide a Italia ofrecer un modelo sólido de referencia para avanzar hacia una regulación de esta confesión religiosa actual y acorde con las exigencias de los tiempos que corren.

En definitiva, se trata de un trabajo sólido, que proporciona argumentos basados en el marco normativo existente y en numerosos estudios, informes y datos estadísticos con los que aspira a salvaguardar el principio de libertad religiosa y a fortalecer una cultura de la tolerancia ante el impacto que el fenómeno creciente de la inmigración está teniendo en Europa, en general, y en España e Italia en particular. Una monografía que, sin quererlo, contribuye a que tanto poderes públicos, como sociedades de acogida adquieran conciencia de la necesidad de protección de las personas migrantes a través de una adecuada y eficaz tutela del ejercicio de su libertad religiosa.

Su lectura ha sido un placer, por su sencillez y claridad expositiva, por la consistencia de su estructura metodológica y por la forma en que las conclusiones se van presentando, casi imperceptiblemente, en la mente del lector, invitándole a la reflexión posterior desprovista de corsés ideológicos que lastran el tratamiento científico del problema. Mi más sincera enhorabuena a las autoras.

**José Luis Iriarte Ángel**  
**Universidad Pública de Navarra**

**CAMPINS ERITJA, M. y FERNÁNDEZ PONS, X., *Deploying the European Green Deal. Protecting the Environment Beyond the EU Borders*, Routledge, London/New York, 2024, 268 pp.**

*Deploying the European Green Deal* es una obra importante para el conocimiento de la vertiente exterior de la política medioambiental de la Unión Europea. Ha sido coordinado por los profesores Mar Campins Eritja y Xavier Fernández Pons y se ha desarrollado en el marco de la Cátedra Jean Monnet en derecho medioambiental de la UE. Especial mérito tiene el haber reunido en él a especialistas en la materia que permiten obtener, a través de un análisis caleidoscópico, una interesante visión de conjunto del presente estado de desarrollo del denominado *European Green Deal* (EGD, en adelante). En un loable esfuerzo llevado a cabo por los coordinadores de la obra –que demuestra su respeto hacia la investigación resultante y que permitirá ponerla en valor–, los diferentes capítulos han sido revisados por el sistema de pares ciegos. Hay que destacar igualmente el acierto que supone el que la obra esté escrita en inglés, en la medida en que ello dará una mayor difusión a sus resultados, y en una editorial de prestigio como es Routledge.

\*\*\*

En un primer capítulo de carácter introductorio los coordinadores del libro explican cuál es el origen del término EGD y su significado, así como las bases jurídicas del derecho originario utilizadas por la UE para desarrollarlo. Estas últimas van más allá de las propias disposiciones de los tratados en materia medioambiental al poseer esta política, como ellos señalan, una potencia transversal que informa al resto de las políticas de la UE. Los autores nos sitúan ante una UE que, en el momento actual, no solo está perseverando en su diplomacia del clima a través de los instrumentos clásicos de la cooperación internacional, sino que está poniendo especial énfasis en la aprobación de instrumentos autónomos de carácter unilateral que presentan un alcance extraterritorial. En este sentido plantean, como objetivo del libro, analizar una serie de iniciativas legislativas vinculadas al EGD que pueden producir, directa o indirectamente, ese impacto externo. Sin prejuzgar el carácter necesariamente ilegal de las medidas de alcance extraterritorial, los coordinadores de la obra ponen de relieve su controvertida naturaleza, por lo que no es de extrañar que algunos casos a caballo entre la política comercial y el medio ambiente, como el asunto de los camarones, hayan acabado ante los órganos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC, en lo sucesivo).

\*\*\*

Los capítulos 2 a 8 de la obra abordan determinadas iniciativas sectoriales que son especialmente relevantes en la configuración de la dimensión internacional del EGD.

En el capítulo 2 Xavier Fernández Pons analiza el controvertido reglamento (UE) 2023/956 relativo al mecanismo de ajuste en frontera por carbono (CBAM). Este mecanismo es novedoso por cuanto permite abordar la reducción de las emisiones de carbono en la atmósfera obligando a los importadores europeos de determinados productos procedentes de terceros países a obtener unos certificados basados en las emisiones de carbono producidas, en los países de origen, durante los procesos que conducen a su producción. Con estas medidas no solo se

alcanza un objetivo medio-ambiental sino que, como apunta este autor, se logra evitar la deslocalización empresarial europea a países cuyos estándares medioambientales son más permisivos que los de la UE. El análisis de los elementos esenciales del reglamento se complementa con el estudio de su compatibilidad tanto con el derecho de la OMC (concretamente, el art. XX del GATT de 1994), como con las reglas internacionales en materia de cambio climático. Esta perspectiva de análisis resulta imprescindible teniendo en cuenta que, probablemente, dicho reglamento acabe ante los órganos de solución de diferencias de la OMC. Una segunda e interesante perspectiva de análisis de este instrumento es la del tratamiento especial y diferenciado desde la posición de los países en vías de desarrollo. En este punto, el autor hace referencia a los trabajos de Marín Durán en los que se plantea la necesidad de incorporar, en la regulación de la UE, elementos de nivelación que tengan en cuenta el diferente nivel de desarrollo de esta categoría de países, así como la posibilidad de efectuar transferencias económicas a tales terceros países (de los ingresos obtenidos en la UE) con objeto de financiar su descarbonización. Se trata, en cualquier caso, como señala Fernández Pons, de una perspectiva que no ha sido tomada en cuenta por el CBAM. Muy sugerente es su propia propuesta de repensar las normas internacionales en materia de desarrollo sostenible teniendo en cuenta el papel que tienen en esta materia las grandes empresas multinacionales, lo que pone de relieve que las desigualdades en lo que concierne a las emisiones de carbono, no son, como señala, solo una cuestión de países ricos contra países pobres.

La UE tampoco parece estar dispuesta a esperar a que, en el marco de la Organización Marítima Internacional (IMO) se alcancen acuerdos globales para afrontar el problema de la contaminación producida en el transporte marítimo. En este sentido, el capítulo 3 de la obra, redactado por Marta Abellón Novella, analiza la estrategia comunitaria para la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> en dicho sector. Partiendo de algunas iniciativas pioneras de la UE que datan de 2015, la actual estrategia de la UE, conocida como “*Fit for 55*”, se desarrolla a través de varios instrumentos legislativos adoptados en 2023. También aquí la normativa de la UE tiene un efecto extraterritorial, al establecer obligaciones de control a todos los barcos con independencia de su pabellón siempre que fondeen en un puerto de la UE. En la determinación de su legalidad entran en juego tanto las normas del derecho del mar como el Derecho internacional consuetudinario. Resulta oportuna la referencia a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, en la que se consideró compatible con el Derecho internacional una directiva medioambiental similar (si bien adoptada en materia de navegación aérea), pues sus conclusiones podrían extrapolarse al ámbito de la navegación marítima. También es pertinente el debate acerca de la legitimidad de la normativa de la UE (de 2015 y 2023), al ser ésta expresión de la protección de intereses reconocidos internacionalmente. Otra cuestión que se plantea, al hilo del debate de la unilateralidad de las medidas, es hasta qué punto este tipo de normativas afectan negativamente a la autoridad de la IMO, aunque la autora recuerda que la UE se ha pronunciado a favor de crear sinergias y fomentar la cooperación internacional con esta organización internacional. En este sentido, el trabajo aboga por la coordinación entre ambas organizaciones internacionales, todo ello sin perjuicio del efecto generador e impacto positivo que, en este punto, puede lograr alcanzar la normativa de la UE.

El capítulo 4, redactado por Susana Borràs-Pentinat, aborda la regulación en materia de biodiversidad y protección de los ecosistemas como requisito esencial para lograr el desarrollo

sostenible. La autora analiza los diversos pilares en que se sustenta la estrategia europea 2030 en materia de biodiversidad, con referencia a los instrumentos jurídicos que la desarrollan. Especialmente relevante es el pilar relativo a la conservación de la biodiversidad a nivel internacional, lo que incluye la participación de la UE en la 15 Conferencia de las partes contratantes de la Convención sobre Diversidad Biológica y la creación por la Comisión Europea, en 2020, de una Coalición mundial unida por la diversidad en la que participan diversas instituciones de cincuenta países. La autora también aborda la conservación de la diversidad marina, ámbito en el que se logró alcanzar, en 2023, un acuerdo que permitirá a la ONU adoptar medidas de conservación en áreas que están fuera de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental. Destacan también las iniciativas de la UE para la creación de una coalición en materia de biodiversidad más allá de la jurisdicción nacional, la designación de áreas marinas protegidas, o la protección de los productos de la pesca. Lo exhaustivo del análisis realizado se demuestra en el apartado relativo a la responsabilidad de la UE en esta materia. Se destaca que el auge comercial que ha experimentado la UE no va de la mano de su estrategia en materia de biodiversidad, y que no parece que algo positivo pueda alcanzarse aquí si no cambia el presente modelo de la globalización. Los esfuerzos en materia de sostenibilidad en la acción exterior de la UE tienen reflejo también en los capítulos sobre desarrollo sostenible que esta ha incluido en los acuerdos comerciales de nueva generación, aunque tales disposiciones se enfrentan, como señala la autora, al problema de su implementación, por lo que sugiere el establecimiento de un sistema de sanciones comerciales. Otras cuestiones muy relevantes analizadas en este capítulo son el reglamento de la UE en materia de deforestación, el establecimiento de planes de acción que implementen el CITES, o la cooperación internacional en relación con la explotación de minerales. Verdaderamente se trata de un análisis exhaustivo y crítico respecto a la falta de efectividad de determinados compromisos asumidos en esta materia por este gran depredador en que parece haberse convertido la UE, lo que se une a sus propias contradicciones, aspectos que los países del denominado Sur Global no dudan en poner de relieve.

El capítulo 5, cuya autora es Márcia Rodrigues Bertoldi, analiza la reglamentación de la UE en materia de deforestación –reglamento (UE) 2023/1115– en relación con productos procedentes del Amazonas. La asociación entre ambas cuestiones es pertinente si tenemos en cuenta el impacto de la deforestación ilegal en el Amazonas brasileño vinculada con actividades ilegales en el sector de la agricultura y la ganadería, productos que pueden ser exportados a la UE desde Brasil. El trabajo analiza el proceso que ha conducido a la aprobación del reglamento comunitario y sus principales rasgos, poniendo el acento en los productos afectados, las obligaciones de diligencia debida que recaen sobre las empresas que exportan tales productos a la UE, el procedimiento de evaluación del riesgo de terceros países llevado a cabo por la Comisión, el mecanismo de control que recae sobre los Estados miembros, y el régimen de sanciones para los operadores económicos que no respeten los procedimientos establecidos. Particularmente crítico con el reglamento de la UE es el apartado 5 del capítulo, que introduce la perspectiva del denominado “pensamiento descolonial” del Sur Global en lo que concierne al modelo de explotación de los recursos. También lo es respecto a la administración del anterior presidente Bolsonaro quien, según sus palabras, abrió las puertas a la deforestación en beneficio de la agroindustria. La autora apunta la cuestión de la posible incompatibilidad del reglamento con el derecho de la OMC; y critica la exclusión, en el mismo, de determinados productos (como el maíz), así como de determinados ecosistemas (como los humedales y las

sabanas), pues todo ello afecta a la producción brasileña y, por ende, al problema de la deforestación que el reglamento debería abordar en su conjunto. La autora también critica que este no contenga medidas especiales de protección de las comunidades locales y poblaciones indígenas en la conservación de los bosques y en la producción agrícola. Por último, echa en falta en la normativa de la UE en materia de deforestación una referencia explícita de los principios del derecho medioambiental y, en particular, el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente de sus recursos naturales o el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. A pesar de todo ello, el reglamento en materia de deforestación es objeto de una valoración positiva si bien esta autora entiende que una regulación convencional consensuada en esta materia entre la UE y Mercosur hubiera sido preferible a la aplicación de una normativa unilateral y extraterritorial.

En el capítulo 6 Mar Campins Eritja aborda la problemática de la polución química (*Zero chemical pollution*). Se trata de un ámbito de cuestiones importante, dado que, como señala, este sector es responsable del 50% de las emisiones globales de gases de efecto invernadero. Es cierto que, también aquí, encontramos los “tradicionales” planes de acción, abiertamente retóricos, pero estos se ponen en práctica a través de diversos reglamentos y directivas, en un esfuerzo legislativo que es calificado, por esta autora, como sin precedentes. Se trata de una normativa que ha sido interpretada, además, por sentencias del TJUE, que tratan de afinar el sentido de algunos de los conceptos jurídicos indeterminados utilizados por la misma; y sometida, ya en un terreno más “administrativo”, a las exigencias de la Agencia Química europea. El capítulo analiza todas estas cuestiones, así como los desafíos jurídicos planteados por la denominada Iniciativa “*Zero Pollution*”, también en relación con las cuestiones de carácter conceptual. Es particularmente interesante el apartado relativo a la elección de las bases jurídicas, dado que algunas medidas parecen exceder el ámbito del medio ambiente y el mercado interior en el que han sido sustentadas para afectar a la política comercial común. Ello se deduce también de la lectura del último apartado del capítulo sobre la dimensión exterior de esta política, pues pone de relieve cómo el reglamento “estrella” de esta iniciativa, el denominado reglamento REACH, incluye varios elementos que presentan un alcance extraterritorial. Me ha gustado especialmente su planteamiento de que los derechos fundamentales pueden quedar afectados como consecuencia de la exposición a las sustancias químicas.

Otro ámbito sectorial del EGD es la estrategia en materia alimentaria, analizada por Xavier Pons Rafols en el capítulo 7. Enmarcada en el contexto institucional de la FAO, y con el trasfondo de la Covid-19, la denominada “*Farm to Fork Strategy*” fue presentada en 2020 por la Comisión Europea, habiendo sido endosada por el Consejo Europeo. Su objetivo es crear un sistema alimentario sostenible que asegure tanto la seguridad alimentaria como la protección de las personas y del medioambiente en la UE. Es probablemente este, por lo demás, el único hilo conductor de una política alimentaria que ha sido, hasta la fecha, fragmentaria habiéndose desarrollado en los diferentes ámbitos competenciales de la UE fundamentalmente mediante reglamentos. Se trata así de una acción normativa dispersa, en espera de que se concrete una propuesta legislativa sobre el sistema alimentario sostenible. La normativa actual convive, además, con un código de conducta de la Comisión para una empresa alimentaria responsable de carácter puramente voluntario, y una propuesta de directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial. El autor critica los intereses corporativos que están detrás

del actual modelo agro-industrial, subrayando la “anemia” social de la estrategia en relación con el derecho fundamental a la alimentación, alejándose, en este sentido, del marco institucional de la FAO. En lo que respecta a la vertiente exterior interesa la alusión a la política comercial común en la que podrían sustentarse algunas propuestas y medidas de la estrategia comunitaria. Ello habrá de ponerse sobre el papel en el marco institucional comercial, así como en futuros acuerdos comerciales que incluyan un capítulo sobre sistemas alimentarios sostenibles. Como ocurre con otros ámbitos examinados en esta obra, también aquí se aprecian elementos de extraterritorialidad. Otra cuestión que se plantea es hasta qué punto las ambiciones legislativas de la UE van de la mano de la necesaria capacidad administrativa para llevarla a cabo. Por último, se apunta que la estrategia comunitaria puede forzar a productores de terceros países a cumplir parámetros regulatorios que pueden tener un impacto negativo sobre su desarrollo y el suministro alimentario de su población. Y, si bien ello podría resolverse por la vía de la cooperación al desarrollo, este autor señala que la estrategia no aborda este importante aspecto. Del mismo modo se juzga como incomprensible la ausencia de mención en la misma del Comité alimentario de la FAO y sus orientaciones, pues la UE participa en él conjuntamente con sus Estados miembros.

Esta primera parte del libro se cierra con un capítulo 8 en el que se analiza el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE, en adelante) –del que son parte la UE y todos los Estados miembros a excepción de Italia–, a la luz del EGD. Gastón Medici-Colombo cuestiona concretamente la compatibilidad del actual TCE con el Acuerdo de París, y considera que los mecanismos de arbitraje de inversiones contemplados en el TCE no hacen sino fortalecer inversiones que van contra los objetivos de descarbonización de la energía asumidos internacionalmente por la UE y desarrollados en el plano comunitario a través de instrumentos normativos. Su análisis también demuestra que el proceso de modificación del TCE, actualmente en curso, no podrá adecuar dicha normativa a los plazos que la UE ha asumido en el marco del Acuerdo de París para la reducción de los gases de efecto invernadero, más aún teniendo en cuenta los períodos de transición que prevé el denominado “Acuerdo de Principio” sobre la modernización del TCE alcanzado en 2022, y que en noviembre de 2022 ni siquiera había podido ser adoptado. A ello se suma la obligación para los Estados miembros de la UE, resultante de la sentencia *Achmea* del TJUE, de que el mecanismo de arbitraje de inversiones no se aplique en las relaciones intra-UE. Se trata de razones más que suficientes para explicar, como lo desarrolla este autor en el apartado denominado “*the European exodus*”, la denuncia del TCE por parte de algunos miembros de la UE que, presumiblemente deben de seguir el resto e inevitablemente la propia UE.

\*\*\*

En los capítulos 9 a 13 se abordan los aspectos horizontales del EGD que presentan una dimensión exterior.

En el capítulo 9 de la obra Teresa Fajardo del Castillo señala que la Diplomacia del Clima que hasta la fecha ha puesto en marcha la UE está destinada a formar parte de un marco jurídico más ambicioso denominado Diplomacia del EGD, en el que la vertiente exterior está llamada a jugar un papel clave. Como señala la profesora Fajardo, para llevar a cabo este esfuerzo la UE cuenta con la legitimidad que le aporta su participación en el Acuerdo de París sobre cam-

bio climático y su denodada defensa del desarrollo sostenible. Los recursos económicos que la UE está dispuesta a conceder a terceros países pasan, a partir de ahora, por la aplicación de políticas de condicionalidad que se articulan a través de los capítulos sobre desarrollo sostenible de sus acuerdos comerciales de nueva generación, a los que se suma el reforzamiento, en clave “verde”, del sistema de preferencias generalizadas. La original fórmula utilizada por la UE para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible es conocida como la *doctrina Sinatra* (“a mi manera”) y supone, en definitiva, apostar por una acción combinada entre el multilateralismo, el bilateralismo y un “unilateralismo creativo” (del que forman parte el reglamento CBAM, el reglamento de lucha contra la deforestación y la directiva sobre diligencia debida). El capítulo aborda también el desarrollo de las Conferencias que han tenido lugar en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre cambio climático, en las que China y los países del Sur Global han logrado imponer su narrativa relacionada con el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, lo que conlleva la asunción de la asimetría de obligaciones en materia de cambio climático. Ello ha obligado a la UE a repensar su estrategia para externalizar su Diplomacia del EGD, más aún teniendo en cuenta la experiencia no exitosa de la denominada *Alianza Global para el cambio climático*. El nuevo enfoque se desarrolla a través del *Global Gateway*, un importante fondo de la UE que cuenta con 300 billones de euros que irán destinados a fomentar, en terceros países, áreas como las infraestructuras digitales, la transición energética, el transporte sostenible, la salud en un escenario post-Covid-19, la educación o la investigación. Con esta iniciativa la UE trata de mover ficha en un tablero geopolítico caracterizado por el auge de China y el proteccionismo estadounidense (del que es exponente la *Inflation Reduction Act*). Tal acción se llevará a cabo mediante el denominado *Team Europe*, del que forman parte la UE, los Estados miembros, el BEI y el BERD. Como señala Fajardo, en su apuesta exterior las delegaciones de la UE –que forman parte del SEAE–, están llamadas a jugar un papel clave tanto en lo que respecta tanto a la identificación de los proyectos subvencionables, como a la determinación de su cuantía económica y el seguimiento de su implementación.

El EGD se hace sentir también en la normativa de la UE en materia de contratación pública, como explican Ezgi Uysal y Willem A. Janssen en el capítulo 10 de la obra. La normativa comunitaria está constituida, en este caso, fundamentalmente por directivas que reflejan las ambiciones en materia de desarrollo sostenible, si bien lo hacen mediante disposiciones que utilizan conceptos jurídicos indeterminados que ni siquiera la jurisprudencia del TJUE ha logrado clarificar completamente. El alcance extraterritorial se pone de manifiesto en la obligación dirigida a los Estados miembros de tener en cuenta, a la hora de contratar, los procesos de producción (que cuentan con largas cadenas de suministro), lo cual significa, como indican estos autores, que el brazo de la legislación de la UE en materia de contratación pública se puede extender más allá del mercado interior. Este aspecto de la normativa comunitaria se desarrolla en un extenso apartado que detalla los aspectos extraterritoriales de la normativa comunitaria, con referencia a la jurisprudencia del TJUE.

La consecución de los objetivos del EGD depende en gran medida de su adecuación a los medios financieros a través de los cuales se implementa. El capítulo 11 de la obra, redactado por Gonzalo Larrea, se centra en esta importante dimensión financiera y toma como caso de estudio el denominado *European Green Deal Investment Plan* (EGDIP) que, en el presente,



se aplica exclusivamente a los países de la UE. Este sistema ofrece, como señala este autor, un proceso de participación de todos los actores involucrados en la aplicación del EGD, que se ha institucionalizado a través de un marco creado por la Comisión denominado *Sustainable Investment Summit*, en el que regularmente se pone en común la información obtenida. El modelo, calificado como experimental, de la UE es susceptible de tener asimismo un impacto externo que podría verificarse en caso de que se aplique a los mecanismos financieros dependientes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático. Sin embargo, lo reciente del EGDIP impide, como señala este investigador, obtener suficiente información sobre su adecuación a las necesidades financieras relacionadas con el clima en el mercado interior de la UE, por lo que todavía no se pueden extraer conclusiones acerca de si se trata de un modelo suficientemente atractivo de gobernanza financiera susceptible de réplica en otros regímenes en materia medioambiental.

El capítulo 12, redactado por Alfonso González Bondía, analiza la evolución de la política de la UE en relación con las empresas, los derechos humanos y el medioambiente. Demuestra su autor cómo en este ámbito se ha pasado del enfoque puramente voluntarista relativo a la responsabilidad social corporativa a una regulación jurídica que introduce obligaciones de debida diligencia (DD) para las empresas. Inevitablemente, hay puntos de confluencia con aspectos desarrollados en otros capítulos de la obra (así, en lo que concierne a la deforestación) pero éstos son complementados con la regulación jurídica en relación con la importación en la UE de minerales procedentes de zonas en conflicto, o la propuesta de reglamento que prohíbe la comercialización en la UE de productos fabricados con trabajos forzados. Una parte importante de este capítulo se dedica a la propuesta de directiva de 2022 sobre DD de las empresas en materia de sostenibilidad corporativa. El autor efectúa un análisis detallado y crítico de la misma que pone de relieve hasta qué punto era necesario acometer una aproximación legislativa en esta materia, dada la variedad de legislaciones internas al respecto y la precaria existencia de un *soft law* desarrollado en el ámbito de la ONU y de la OCDE. Destaca, entre otras cuestiones, el que las obligaciones de DD no vayan dirigidas a todas las empresas, sino solo a las grandes compañías; sus elementos de extraterritorialidad, puesto que ellas serán responsables de hacer cumplir la (futura) normativa comunitaria en toda su cadena de suministro; y las carencias existentes, especialmente en lo que respecta a las sanciones por incumplimiento.

La credibilidad de la UE como líder global en la defensa del medioambiente depende también de su propia capacidad para garantizar el cumplimiento de su normativa en el marco del EGD. Este importante aspecto, considerado como elemento clave de la *rule of law* medioambiental, es abordado por Alexandre Peñalver i Cabré en el capítulo 13 de la obra. Y es que, en efecto, la implementación y control de dicha normativa no solo condiciona la eficacia de la política medioambiental en el interior de la UE, sino que incide también en su acción exterior, puesto que, por ejemplo, difícilmente podrá exigir a terceros países el cumplimiento de los capítulos de desarrollo sostenible insertos en los acuerdos de libre comercio de nueva generación si no hay simetría en el terreno del control entre la dimensión interna y la exterior. Peñalver destaca las causas de la falta de implementación de esta normativa en la UE y sus efectos negativos, lo que ocurre pese a la existencia de diversos mecanismos de control (como el recurso por incumplimiento, o las sanciones medioambientales, entre otros), que se complementan con la

obligación que pesa sobre los Estados miembros de obtener información sobre la aplicación del derecho medioambiental en su respectivo territorio.

\*\*\*

Este libro imprescindible en materia medioambiental se cierra con un capítulo final de carácter recopilatorio –escrito por los coordinadores de la obra y Teresa Fajardo del Castillo–, en el que plantean cuestiones como la de si el EGD representa un desafío de la talla que tuvo en su día el mercado interior o la UEM. Posiblemente lo sea y tenga (comparativamente hablando) el mérito de haberse llevado a cabo sin reforma previa del derecho originario de la Unión. Queda abierta la cuestión de si estas normativas de la UE de carácter unilateral y alcance extraterritorial (como el CBAM o el reglamento en materia de deforestación) podrán sortear el filtro del sistema de solución de diferencias de la OMC. En definitiva, se plantea si la reglamentación de la UE en aplicación del EGD no solo es legal sino también legítima, como sostiene la UE. Y no parece que sea esta una pregunta fácil de responder teniendo en cuenta que al planteamiento occidental e impaciente de la UE se contraponen otro posicionamiento no menos legal y legítimo de los países emergentes y del Sur Global liderados por China, que abogan por aplicar en este ámbito el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales o la necesidad de ayuda técnica y financiera.

En definitiva, estamos ante una obra de referencia en el ámbito del denominado *European Green Deal* por lo que no cabe hacer otra cosa que no sea felicitar a sus autores y, particularmente, a sus coordinadores.

**Carmen López-Jurado Romero de la Cruz**  
**Universidad de Granada**

**CAMPUZANO DÍAZ, B., DIAGO DIAGO, P. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M<sup>a</sup>.A. (Dirs.),** *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 410 pp.

Bajo un acertado título que permite aglutinar distintas cuestiones del actual panorama de Derecho internacional privado de familia y sucesiones, esta obra colectiva, fruto de la celebración del sexto Seminario de la AEPDRI, que ve la luz gracias al impulso de las directoras y la colaboración de un grupo acreditado de internacional privatistas, realiza un análisis pormenorizado de distintas cuestiones, desde la perspectiva del Derecho internacional privado de la Unión Europea, del español o del de un tercer Estado. La obra ofrece una interesante visión de distintos temas de gran actualidad que permiten visionar los retos y la orientación de la investigación y la práctica que, referida al objeto de la obra, preocupan y ocupan al colectivo. El número de autores, veintidós, constata la existencia de una variada temática y aporta una visión que enriquece el contenido y afronta, como señalan las directoras en el prólogo, problemas prácticos que no han sido considerados por el legislador. La obra se estructura en cuatro bloques temáticos que permiten organizar las aportaciones de los autores entorno a cuatro títulos donde encuadrar los numerosos y complejos problemas jurídicos que se plantean en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones en el contexto de la Unión Europea.

El primero de estos bloques está dedicado al Reglamento 2019/1111. Son objeto de análisis diferentes cuestiones vinculadas a la interpretación y aplicación de esta norma comunitaria de última generación en materia matrimonial, de responsabilidad parental y relativas a la sustracción internacional de menores. Por seguir el orden marcado por las directoras, la Profa. Sánchez Jiménez observa el valor como “resolución” de la decisión extrajudicial de los notarios españoles en materia de divorcio, constatando su inclusión el concepto de título regulado en el art. 2 del Reglamento y remarcando, con un esquema expositivo ágil, cómo el alcance de dicha decisión de la autoridad notarial no solo afecta a la disolución del vínculo, sino también a otras cuestiones como las reguladas en el Convenio de divorcio. De otro lado, la Profa. Parra Rodríguez analiza la jurisprudencia del TJUE en materia de familia, prestando atención a la posible uniformización en los supuestos en que intervienen menores por acción del certificado de filiación, previsto en la propuesta de Reglamento destinada a armonizar en la UE las normas de Derecho internacional privado relativas a la filiación, para constatar que la heterogeneidad de las instituciones familiares, la ausencia de un mecanismo jurídico de unificación de documentos y la falta de simplificación que ofrecen los textos comunitarios referidos a la cuestión, impiden la consecución del objetivo previsto. La aportación en este bloque del Prof. Quinzá Redondo aborda, de manera sencilla en su esquema y clarificadora en su desarrollo, la cuestión del divorcio privado y su reconocimiento en el contexto de la Unión; la conclusión es clara: cada vez más las partes tienden a disolver el vínculo matrimonial sin la intervención de un órgano jurisdiccional, constatando que cuando el divorcio lo ha llevado a cabo una autoridad pública, la tendencia en la Unión Europea es que en el Estado requerido se produzca un reconocimiento automático. La Profa. González Marimón realiza una aportación que, referida a la parte del Reglamento que regula la sustracción internacional de menores, analiza el mecanismo de prevalencia o de última palabra; destaca, como punto de partida, la especialidad, complejidad y problemática de este mecanismo que, regulado en el Reglamento

20201/2003 para supuestos concretos de sustracción, ha sido mantenido por el legislador en el actual Reglamento 2019/1111, señalando que, a pesar de la introducción en la norma actual de determinados cambios, tendentes a evitar los problemas que producía en la práctica su anterior formulación y mejorar su aplicación, la mejor opción habría sido que el mecanismo se hubiese suprimido en la nueva norma. Este parte se cierra con el capítulo de la Profa. Moreno Sánchez-Moraleda, que pretende determinar si el art. 56.6 del Reglamento 2019/1111 garantiza el interés superior del menor; en tal sentido, la autora sugiere la posibilidad de que la denegación de una resolución de restitución conforme al art. 56.6 podría no respetar el principio en juego, pudiendo ser contraria a lo que disponen las normas internacionales.

El segundo bloque temático, dedicado al régimen económico del matrimonio, la pareja, la organización del patrimonio familiar y las sucesiones, aúna siete aportaciones, dos de carácter general y otras tantas que estudian cuestiones más específicas. La Profa. Jiménez Blanco abre esta parte tratando la igualdad entre cónyuges y los regímenes económicos matrimoniales partiendo de la constatación de la prohibición de toda discriminación por aplicación de las reglas del Reglamento 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales transfronterizos, cuyas normas deben, no solo no generar discriminación, sino evitarla a través de soluciones garantistas, como destaca la autora, sin que tales mecanismos eviten ante determinados supuestos la activación del orden público como herramienta para impedir la posible discriminación. Junto a este principio de base, la autora analiza las conexiones objetivas de las normas de conflicto del Reglamento a fin de asegurar si las mismas podrían procurar ante determinadas situaciones un resultado discriminatorio y, a tal fin, observa las garantías que deben darse en caso de que los cónyuges, ejercitando su autonomía de la voluntad, elijan la ley aplicable a su régimen, destacando la función que, en tales situaciones, tienen las normas sobre la forma y el consentimiento del Reglamento, consideradas junto a la cuestión de la capacidad de las partes que, a través de las capitulaciones matrimoniales donde se configuran sus relaciones patrimoniales, estarán supeditadas a la ley rectora del régimen matrimonial respecto a su validez y eficacia. La segunda aportación, cuyo autor es el Prof. Checa Martínez, estudia la cuestión de la protección transfronteriza del patrimonio familiar a través de las instituciones de *state planning* internacional, entendidas éstas como una categoría jurídica integrada por instituciones civiles que permiten la protección de dicho patrimonio y su transmisión a través de actos y negocios jurídicos realizados de manera preventiva, como expone el prof. Checa, regulados en el Derecho de familia, bienes, contratos, sucesiones o persona; con tal fin observa, a modo de herramientas de planificación de la gestión del patrimonio familiar, instituciones como los acuerdos sobre los efectos de un futuro divorcio acordados por los cónyuges, las capitulaciones matrimoniales y los pactos de elección de ley aplicable al régimen económico del matrimonio, las formas de sucesión anticipada, los sustitutos de la sucesión testamentaria o las disposiciones de última voluntad. En tercer lugar, la Profa. Figueroa Torres analiza la ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales en el Derecho internacional privado de Puerto Rico, realizando un análisis de las cuestiones de derecho aplicable a los efectos económicos del matrimonio y las implicaciones del conflicto móvil cuando la relación familiar tiene vinculación con más de un ordenamiento, incidiendo en la cuestión del requisito de escritura pública para las capitulaciones otorgadas en el extranjero para concluir que, a tenor del nuevo Derecho internacional privado portorriqueño, aunque no consten en escritura, estas serán válidas cuando exista un documento privado *inter partes* con firma autentica ante notario. De otro lado, el Prof. Mer-

chán Murillo aborda la cuestión de la posibilidad del formato electrónico para el certificado sucesorio europeo con el fin de acreditar la cualidad de heredero, legatario o administrador, concluyendo con la idea de que la existencia de un patrimonio digital de alcance transfronterizo posibilita *a priori* la posibilidad de ser acreditado para el proceso sucesorio mediante el certificado europeo. El Prof. Melgarejo Cordón afronta la competencia del notario francés en la expedición del *acte de notoriété* en las sucesiones transfronterizas en el contexto comunitario, observando, de un lado, determinados aspectos controvertidos cuando el notario ejerce funciones jurisdiccionales y, de otro, la posibilidad de que el legislador hubiese definido el término órgano jurisdiccional en los reglamentos de sucesiones, regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas de igual forma que en Bruselas II *ter*. Este bloque finaliza con la aportación de la Profa. Chéliz Inglés sobre la lucha contra el fraude y propuestas de mejora respecto a las uniones registradas de conveniencia, donde la autora plantea los mecanismos de control para evitar o sancionar la constitución de parejas de hecho simuladas, mostrando la conveniencia de tener una ley estatal que permitiese solventar los problemas que, vinculados a esta cuestión, pueden plantearse en el ámbito del Derecho de extranjería y del Derecho internacional privado e interregional.

El tercer bloque temático que conforma esta obra colectiva es el del estado civil, considerando la incidencia del principio de reconocimiento mutuo y las soluciones que la Ley de Registro Civil ofrece. La primera de las aportaciones, cuya autora es la Profa. Gonzales Beilfuss, aborda de manera minuciosa, y con un esquema clarificador, la cuestión de la filiación en Derecho internacional privado, remarcando cómo este ámbito requiere una intervención legislativa dada la parcialidad de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE respecto a la cuestión, por circunscribirse la misma a resolver casos concretos que no ofrecen una solución válida exportable a otros supuestos y porque, además, existe la necesidad de dar respuesta a cuestiones muy delicadas, no exentas de polémica social y jurídica, de carácter bioético que, vinculadas a la determinación de la filiación, no pueden solventarse por aplicación de la jurisprudencia. En tal contexto, surge la necesidad de elaborar normas que procuren una solución aceptable y que consideren el interés de los menores. Ante tal situación se remarca cómo la UE o la Conferencia de la Haya están trabajando en ello y cómo la UE ya tiene una Propuesta de Reglamento. Como expone la Profa. González Beilfuss, ambas instituciones han buscado, “encontrar en sus trabajos legislativos el equilibrio entre la continuidad en el espacio de la relación ya existente y la legitimidad de su constitución”. A continuación, el Letrado de la Administración de Justicia, Ruiz de la Hermosa Gutiérrez, analiza la regulación del Registro en la Ley 20/2011, realizando un estudio pormenorizado tanto de los antecedentes, como del sistema actual y las características del nuevo modelo de registro (único, electrónico y seguro), así como las novedades y los conceptos frente al sistema anterior. El autor ofrece, además, un clarificador esquema del modelo organizativo del Registro Civil y los aspectos de Derecho internacional privado regulados en la Ley. La tercera aportación de este bloque, realizada por la Profa. Sales Pallarés, se ocupa de la necesidad del reconocimiento de la filiación transfronteriza como base del respeto al derecho a la vida familiar. La autora remarca cómo en el contexto comunitario actual existen ciertas prevenciones lingüísticas o éticas que obstaculizan la existencia de una concepción común de filiación que facilite el reconocimiento de la filiación legal de los menores en todos los EEMM con todos los efectos. Además, observa de manera acertada la necesidad de tal concepción, no solo desde la perspectiva del derecho a la vida familiar del

menor, sino también del derecho a la vida privada de éste. Finaliza su reflexión con la observación de las propuestas legislativas que se están elaborando desde la UE y la Conferencia de la Haya en materia de filiación. La siguiente contribución, realizada por la Profa. Ortiz Vidal, trata la cuestión de la posibilidad regulada en el art. 68.3 de la Ley 20/2011, introducida por la Ley 6/2021, de realizar las declaraciones de voluntad relativas a la nacionalidad ante notario, valorando positivamente tal incorporación legislativa, ya que agiliza los procedimientos de nacionalidad y beneficia al interesado y concluyendo, frente a cualquier otro tipo de apreciación, que solo es competente para dar fe de tal declaración el notario del lugar del domicilio del interesado y que tal manifestación debe constar en escritura pública. Cerrando este bloque, el Prof. Pérez Martín aborda la hipótesis de que el TJUE reconociese la filiación homoparental y lo que tal situación supondría en cuanto a retos, problemas y oportunidades; en este caso, el autor basa su análisis en una hipótesis con origen en el auto del TJUE de 24 de junio de 2022, caso *Rzeczchnik*, remarcando que, si bien no es una cuestión exenta de problemas jurídicos, el reto de salvarlos supondría un impedimento menos para lograr la libre circulación de personas real, al permitir el reconocimiento de la filiación homoparental de igual manera en todos los Estados parte de la UE.

El cuarto y último bloque acomete, con tres aportaciones, las oportunidades que el Derecho internacional de familia y sucesiones ofrecen en un contexto transnacional. La primera de las aportaciones, realizada por la Profa. Adam Muñoz, observa las situaciones de violencia doméstica en los supuestos de sustracción de menores en la UE. En este sentido, como se expone en el trabajo, por aplicación de las normas de Derecho internacional privado, la restitución del menor puede denegarse si el traslado del menor no es seguro o si este puede suponer un peligro de daño físico o psíquico para este. Como se remarca, la violencia doméstica es esgrimida como alegación para la no devolución del menor a su residencia habitual, si bien, ante tales situaciones, como analiza la Profa. Adam Muñoz con argumentos consistentes, Bruselas II *ter* continua la misma línea que su predecesor, y si bien establece una serie de mecanismos para que la restitución del menor sea segura, obvia de nuevo la violencia doméstica como motivo de denegación, habiendo de recurrir a la cooperación entre autoridades de los EEMM como herramienta para solventar la apreciación sobre la cuestión del tribunal que está conociendo. Esta contribución termina observando una serie de mecanismos propuestos por la doctrina para dar solución al traslado ilícito de menores cuando este se origina por la violencia doméstica sufrida por la parte sustractora. La segunda aportación, realizada por el Prof. Fontanellas Morell y basada en el análisis de la Sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2021, se refiere a la determinación de si las donaciones *mortis causa* están o no dentro del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012, concluyendo positivamente que su asimilación a los pactos sucesorios posibilita su inclusión siempre que las donaciones sean irrevocables y con efectos a la muerte del causante. Finaliza este cuarto bloque con el texto de la Profa. Rodríguez Pinau, dedicado al estudio de la interpretación del Derecho internacional privado por el TJUE, partiendo de la idea de que la jurisprudencia del Tribunal proporciona una guía para los operadores jurídicos y sienta criterios interpretativos de las normas de la UE en la materia, ostentando así el TJUE una función hermenéutica que reduce la complejidad de las normas comunitarias de familia y procura soluciones que facilitan la interacción de los sistemas nacionales. La autora parte para su análisis de tres supuestos: la interpretación de las normas de un Reglamento que tienen una solución paralela en un texto internacional: la interpretación

de normas convencionales vinculadas con las normas comunitarias y la interpretación de las normas de convenios internacionales indirectamente relacionadas con las reglas de la UE, concluyendo que el TJUE realiza una interpretación fiel de las normas convencionales a través de los parámetros propios de dichas reglas, no transponiendo conceptos comunitarios en la interpretación de las mismas, ni proyectando criterios de integración europea sobre soluciones convencionales, como expone la autora. Para finalizar su aportación reflexiona sobre el alcance de la intervención del TJUE en el Derecho internacional privado de familia, constatando cómo la interpretación de las normas comunitarias por el Tribunal puede ser un instrumento esencial para dar solución a los retos que este sector presenta en el contexto actual.

**José Manuel Velasco Retamosa**  
**Universidad de Castilla-La Mancha**





**CANO LINARES, M<sup>a</sup>.Á. y MURO CASTILLO, A. (Dirs), *Migraciones africanas con destino a la Unión Europea. Retos, prioridades y perspectivas en tiempos pandémico*. Dykinson, Madrid, 2023, 154 pp.**

Esta obra colectiva, auspiciada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Rey Juan Carlos, y bajo la dirección de los profesores M<sup>a</sup> ÁNGELES CANO LINARES y ALBERTO MURO CASTILLO, ofrece un panorama sobre los cambios producidos en las migraciones procedentes de África hacia la Unión Europea a partir de la pandemia COVID19. Tiene un valor agregado en la medida en que las miradas no son únicamente jurídicas, como en otras obras sobre Derecho y políticas migratorias, y es que sus contribuciones proceden de profesores africanos de Costa de Marfil, Marruecos y Senegal especialistas en otras disciplinas como la sociología, la geografía, la economía o el urbanismo. Estas miradas son extraordinariamente interesantes, y útiles, para la comprensión de un fenómeno tan diverso como complejo en sus causas originarias y por qué no decirlo en sus efectos para los estados europeos de acogida.

En cuanto a su estructura, la obra se divide en ocho capítulos. Mientras que las contribuciones de los académicos africanos ocupa la mayor parte de la obra (capítulos, 2, 3, 4, 5 y 7) la participación de los profesores españoles se concentra en los capítulos 1, 6 y 8. La obra tiene coherencia siendo posible agrupar los trabajos en tres focos de interés temático que pivotan sobre las migraciones irregulares: primero, los temas relativos a la libre circulación de personas y las restricciones a raíz de la pandemia COVID19, incluida su incidencia en las migraciones irregulares (capítulos 1, 2, 3, 6 y 7); segundo, la *diplomacia migratoria de la disuasión* como una nueva dinámica en las políticas migratorias (capítulo 4); y tercero, la trata de personas en un escenario transnacional y migratorio (capítulo 8). Siguiendo este hilo conductor, abordamos a continuación la recensión capitular.

Primero. *De los temas relacionados con la libre circulación de personas y las restricciones y efectos tras la pandemia COVID-19* (Capítulos 1, 2, 3, 5, 6 y 7)

En el capítulo 1 –titulado *Esbozos sobre posibles incidencias de los flujos migratorios y las políticas a éstas vinculadas. África del Oeste-España*–, el profesor ALBERTO MURO CASTILLO sitúa el contexto y las cifras de la migración africana hacia la UE. Con los datos de varias agencias internacionales (Naciones Unidas, FRONTEX, Organización Internacional de las Migraciones) y nacionales (Instituto Nacional de Estadística) y llamando la atención sobre la diversa metodología empleada por unas y otras, constata que en el año 2020 un 3,6% de la población mundial era migrante (aprox. 281 millones de personas) de las que el 8% procedía del continente africano (aprox. 40.5 millones de personas) de las que unos 11 millones eligen Europa como destino. Estos datos tienen su reflejo inmediato en el ámbito político y en la instrumentalización de la migración mediante acciones que fortalecen la imagen negativa de los migrantes.

En el capítulo 2, titulado *La libre circulation de personnes en Europe, en Afrique et au-delà, entre extension et restriction*, a cargo del profesor CHAREF MOHAMMED, se ofrecen reflexiones muy interesantes aunque de distinta factura sobre la función de la frontera como uno de los pilares del Estado nación y de *las fronteras* como territorio de identidades. Y frente a ello, el autor repara en la paradoja de la transnacionalización de los movimientos de capitales frente

a las limitaciones y restricciones de la libre circulación de personas a través de las fronteras. En esta línea, encaja como cuestión relevante los desafíos de la libre circulación de personas en África después de la firma, en 1991, del Tratado de Abuja. Como es sabido, dicho Tratado tuvo como objetivo el establecimiento de una Comunidad Económica Africana para promover el desarrollo económico, social y cultural de la región así como lograr un marco de integración económica africana donde encuadrar el desarrollo de la región y la movilización de recursos humanos y materiales. El autor da cuenta de los desarrollos posteriores al Pacto de Abuja y en particular, en el marco de política migratoria para África, señala los planes de acción sucesivos (el vigente abarca de 2018 a 2027). De particular interés son las acciones destinadas a vincular la migración con la educación, el comercio y, en general, el desarrollo. El capítulo concluye con un llamamiento a la mejora de la cooperación internacional en materia migratoria con énfasis en el respeto a los derechos humanos.

En el capítulo 3, a cargo del profesor ALY TANDIAN de la Universidad Gaston Berger de Senegal, titulado *Covid-19 et migration sénégalaise: entre politiques de restriction, stratégies circulatoires et désenchantement*, se examina –desde una perspectiva sociológica– los efectos de la pandemia COVID-19 sobre las poblaciones migrantes internas en Senegal. Sobre la base de encuestas dirigidas al sector informal de la venta ambulante y conductores de mototaxis, mayoritariamente masculino, se concluye que la crisis ocasionada por el COVID-19 fue percibida como una desgracia divina que tuvo un impacto económico importante en los sectores más vulnerables de la economía senegalesa, con significativas pérdidas de empleo, sin contar los fallecidos de la pandemia. Para intentar paliar estos efectos, se creó un fondo de solidaridad financiado por el Estado, el sector privado y agentes del tercer sector por importe de 50 millones de FCFA para la compra de alimentos, medicamentos y algunas medidas fiscales de urgencia. A modo de conclusión, el autor constata que la pandemia COVID-19 dejó al descubierto la fragilidad económica y personal de muchos migrantes internos que trabajaban en el sector informal de la economía senegalesa. Esta situación es considerada como una de las causas del incremento de la migración irregular de estas personas hacia las rutas del desierto para intentar llegar a Europa.

En el capítulo 5, titulado *De terre d'immigration à une zone d'origine de flux de migrants irréguliers: analyse et perspectives de l'expérience ivoirienne*, el profesor YAO SILVÈRE KONAN, de la Unidad de Formación e Investigación en Ciencias Económicas y de Gestión de la Universidad Félix Houphouët-Boigny en Abidjan (Costa de Marfil), nos ofrece una mirada económica de las migraciones hacia Francia procedentes de Costa de Marfil, y en particular de las demandas de asilo. Parte de la una paradoja puesta de manifiesto por DIDIER LESCHI (Director de la Oficina General de Inmigración e Integración de Francia) que resalta el contraste de la fuerte inmigración en Francia procedente de Costa de Marfil y el extraordinario dinamismo económico de dicho país en los últimos años. En este sentido, el autor da cuenta de la manifestación de este importante repunte económico en distintos sectores de la economía (agricultura, urbanismo e inversiones extranjeras) al tiempo destaca las tasas de desempleo y la evolución de la inmigración. La propuesta del trabajo consiste en revisar esta evolución dinámica de la migración irregular de origen marfileño. Empezando por las razones que impulsan la migración marfileña, el autor contextualiza los hechos en un triple análisis (histórico socioeconómico y político) y analiza los resultados mediante en atención a las fuentes y periodos

concernidos. En relación con los resultados señala como eje de discusión la transformación migratoria de Costa de Marfil, pasando de ser tradicionalmente una tierra de inmigración a ser un país de origen de migrantes irregulares hacia la Unión Europea, pero también un país de bloqueo de estos flujos de migración irregular. Como propuesta conclusiva, el autor puntualiza que el cambio de las dinámicas migratorias en Costa de Marfil está fuertemente vinculadas a los conflictos y a la inestabilidad socio política del país pero también a la presión migratoria irregular procedente de otros países.

En el capítulo 6, titulado *Libertad de circulación de personas y control de fronteras exteriores de la UE en tiempos pandémicos*, la profesora M<sup>a</sup> ÁNGELES CANO LINARES da cuenta de la importancia de la libre circulación de personas como uno de los derechos asociados a la ciudadanía de la Unión y las consecuencias sobre esta libertad a raíz de las medidas adoptadas por la UE para frenar el brote de COVID-19. La propuesta del trabajo parte de una mirada general de las medidas adoptadas por la UE en materia sanitaria y de transporte ante la COVID-19. A continuación, explica las medidas adoptadas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia donde la ausencia de controles sobre las personas en las fronteras interiores es uno de los pilares que sustenta el mercado interior (art. 2 TUE) y justifica la esencia de la ciudadanía de la Unión (arts. 20 y 21 TJUE). Ahora bien, es en el ELSJ donde se enmarcan las políticas y las medidas de la UE para control de fronteras, asilo e inmigración. Las medidas adoptadas a raíz de la pandemia afectaron directamente al derecho/libertad de los ciudadanos de la UE a circular libremente por el territorio UE al restablecerse los controles en la fronteras interiores y exteriores. Asimismo, impactó en la normativa sobre trabajadores transfronterizos y trabajadores de temporada, restringiendo temporalmente el libre cruce de la frontera y las restricciones de viajes no esenciales. En relación con los procedimientos de asilo, retorno y reasentamiento, las medidas suspendieron temporalmente tanto el derecho a solicitar asilo como la posibilidad de conseguir la protección internacional. Seguidamente, se da cuenta de cómo la UE fue progresiva y coordinadamente restaurando la libre circulación de personas levantando los controles en las fronteras exteriores y reabriendo con condiciones las fronteras exteriores. Finalmente, la UE ha adoptado dos Recomendaciones relativas, respectivamente, a establecer un marco común para los Estados miembros con los criterios y umbrales relativos a las restricciones de viajes cuando sea necesario y otro marco común de expedición, adaptación y reconocimiento de los certificados COVID-19 interoperables en todos los Estados miembro (Recomendación 2020/1475, de 13 de octubre y su adaptaciones); y otra dirigida a la aplicación en el tiempo de las restricciones sobre libre circulación adoptadas en respuesta a la pandemia (Recomendación 2022/107, de 25 de enero). A modo de conclusión, el trabajo pone de manifiesto que, pese a las críticas iniciales sobre cómo abordó la UE la gestión de la pandemia, el resultado puede considerarse satisfactorio, sobre todo, al reforzar los sistemas sanitarios nacionales, suministro de agua y compra y distribución de vacunas. Más no deja de recordar que esta es una amenaza invisible que afecta a toda la humanidad y que debe ser combatida conjuntamente con mayores dosis de solidaridad y lealtad internacional.

En el capítulo 7, titulado *L'impact du COVID-19 sur la Migration irrégulière à partir du Maroc*, el Dr. ALI ZOUBEIDI, de la Universidad de Hassan 1er, de la región de Settat, reflexiona acerca del impacto de las medidas sanitarias sobre la migración irregular a corto y medio plazo. Tomando el ejemplo de Marruecos, que considera país de tránsito y destino de mi-

graciones subsaharianas, del África del Este y asiáticas, al tiempo de ser país de origen o de salida de estos flujos migratorios y de ciudadanos marroquíes, desgrana el impacto de las respuestas al COVID-19 sobre estos migrantes, en su mayoría irregulares. Las preguntas son pertinentes: ¿por qué emigran los jóvenes marroquíes, subsaharianos y asiáticos? ¿Cómo se organizan las salidas? ¿Cuáles son los riesgos? No solo la pobreza, la desesperación o la falta de perspectivas económicas, sociales y culturales son razones de base para emigrar, también el sueño europeo y la aventura del viaje impulsan a estos jóvenes a asumir los riesgos reales de la clandestinidad y de la trata de personas (en el 85% de los casos están implicadas redes criminales). Otro foco de análisis fue el cierre de las dos fronteras terrestres (Ceuta y Melilla) dictado por la pandemia y las medidas draconianas sobre el control del tráfico de personas en ambas fronteras. Ello provocó un incremento del contrabando de mercancías que benefició también la movilidad de mano de obra irregular. Las ciudades de Nador y Fnideq, quedaron paralizadas pues su economía comercial está marcada por la vecindad con Melilla y Ceuta y los trabajos de muchos de sus vecinos son trasfronterizos pasando diariamente la frontera para trabajar como porteadores, empleada domésticas, camareros o dependientes en el “lado español”. El autor vincula esta asfixia económica con el incidente migratorio de mayo de 2021 (unas 8.000 personas entraron en España a nado, por las playas de la frontera). Ello fue debido, también, al deterioro de las relaciones diplomáticas entre España y Marruecos después de que el Gobierno español admitiera el traslado y hospitalización en La Rioja del máximo representante del Frente Polisario y a la reacción de Marruecos aplicando una diplomacia migratoria de la disuasión (capítulo 4). A la pregunta sobre las causas de estas salidas a pesar del riesgo y la peligrosidad de las rutas, el autor pone el foco en el fracaso de la Estrategia Nacional de Inmigración y Asilo adoptada por el Gobierno de Marruecos en diciembre de 2014. Esta estrategia está basada en la lucha contra las redes de trata de personas. Sin embargo, ante la situación socioeconómica precaria de los países de origen, y el cierre de fronteras debido a la COVID-19, muchos de estos migrantes que no consiguen en Marruecos los permisos de residencia y trabajo buscan el escape hacia Europa a través de España. Como solución, propone una acción multilateral de responsabilidad compartida entre los países de origen y destino tanto en la asistencia y la protección de los migrantes como en la asistencia consular en el tránsito. Insiste en que los programas de retorno voluntario auspiciados por la OMI no llegan a los migrantes irregulares que están en zonas alejadas de Casablanca o de Rabat (sede de las oficinas centrales de la Organización). Finalmente, en relación las rutas, donde la mortalidad y la desprotección es dramática, tanto la terrestres como las marítimas, denuncia que la respuesta europea de presión sobre Marruecos genera más irregularidad y concluye postulando una coordinación y compromiso multilateral entre los diferentes actores (gubernamentales y no gubernamentales) en los países de origen, tránsito y destino.

Segundo. De la *diplomacia migratoria de la disuasión* como una nueva dinámica en las políticas migratorias (Capítulo 4)

En el capítulo 4, titulado *Une nouvelle dynamique des politiques migratoires: la diplomatie migratoire de la dissuasion*, a cargo del Dr. POUADIOUGO DIACHARI, se reflexiona sobre la llamada *diplomacia migratoria de la disuasión*. Tomando como ejemplo de tres recientes crisis migratorias con Turquía, Bielorrusia y Marruecos, el autor demuestra cómo la UE y sus Estados miembros ceden ante el chantaje o la presión de una (posible) “avalanchas de migrantes”.

El punto de partida es la instrumentalización de los migrantes como moneda de cambio. En el caso de Turquía, forzar a la UE la continuidad de las negociaciones de adhesión a cambio de retener/contener en su territorio a más de tres millones de refugiados y el consiguiente apoyo económico de la UE mediante un Fondo Fiduciario de Emergencia. En el caso de Bielorrusia se generó una tensión migratoria en la frontera oriental europea permitiendo el régimen de Lukashenko el paso de más de 20.000 refugiados procedentes de Irán, Afganistán, Yemen y Siria hasta la misma frontera con Polonia. Para algunos Estados miembros, este hecho ha creado una *guerra híbrida* por parte de Bielorrusia y de Rusia, y debe ser considerado como un *acto de agresión*. En el caso de Marruecos han sido dos hechos de entradas masivas de migrantes los que han llevado al Gobierno español a reconsiderar, sin explicaciones claras, su posición respecto del Sahara Occidental. Primero fue la reacción marroquí ante la hospitalización en España del líder del Frente Polisario Brahim Ghali) permitiendo los días 17 y 18 de mayo de 2021 el acceso a España por la frontera ceutí de más de 8.000 personas (del lado español se cifró en unas 12.000 personas). La segunda se vincula a la creación de un G4 africano presentado el 18 de febrero de 2022 como una plataforma informal de resolución de conflictos en el continente y auspiciada por Nigeria, Etiopía, Argelia y Sudáfrica). Entendiendo Marruecos que dicho G4 africano no apoyaría su posición respecto del Sahara Occidental, permitió, presionando a España, el intento de acceso por Melilla de alrededor de 2.500 migrantes de origen subsahariano. Tres semanas después, el Gobierno español cambió su postura respecto de la autonomía del Sahara Occidental y se alineaba a la reivindicación marroquí de soberanía sobre dicho territorio. A modo de conclusión, el autor reclama una mayor cooperación entre los países de origen, de tránsito y de destino y llama la atención sobre las consecuencias devastadoras, en términos de crisis humanitarias, de la instrumentalización de las personas migrantes en esta dinámica (perversa) de diplomacia de la disuasión.

### Tercero. *Sobre la trata de personas*

El capítulo 8, titulado *La trata de personas. Necesidades de una revisión conceptual jurídica en España*, a cargo de la profesora ANA ISABEL CARRERAS PRESENCIO de la Universidad Rey Juan Carlos, cierra de modo natural la obra. La contribución tiene por finalidad analizar el concepto jurídico de trata de personas como ilícito internacional y su ámbito de aplicación en el sistema jurídico penal español. La autora propone una rectificación del art. 177 bis del Código Penal español. Sostiene que el concepto jurídico supranacional de trata de personas no está correctamente incorporado en la legislación española y adolece de una insuficiente interpretación por parte de la doctrina jurisprudencial. En particular la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sigue “atrapada” por los estrechos márgenes del art. 318 bis CP anterior a la regulación del art. 177 bis CP que fue añadido por el artículo único 40 de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Conviene apuntar que el art. 177 bis ha experimentado varias reformas, la última mediante Ley Orgánica 13/2022, de 200 de diciembre que añade la letra c) al apartado 4, y agrava las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria. Previamente, la LO 8/2021, de 4 de junio, modificó el apartado 1 previamente reformado, junto con el apartado 4, por LO 1/2015, de 30 de marzo. Una última referencia al problema de la consideración de la reincidencia internacional y el principio de justicia universal en el delito de trata de seres humanos a que hace referencia el apartado 10 del art. 177 bis. Sin entrar en la justificación de los problemas que plantea la agravante de rein-

cidencia, el legislador español en el apartado 10 opta por incorporar la ordenamiento jurídico español los principios básicos sancionados por los instrumentos internacionales y recoge que “las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en el art. 177 producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al derecho español”.

**Marina Vargas Gómez-Urrutia**  
**Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)**

**CARO GÁNDARA, R., *La fiducia como garantía en el comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 218 pp.**

Los que nos hemos acercado al estudio de los derechos reales de garantía sabemos que es un reto académico singular. *La fiducia como garantía en el comercio internacional* es una obra valiente, clara y útil que trata un tema complejo en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, plantea si resulta posible que la finalidad de aseguramiento de un crédito justifique la transmisión de la propiedad en Derecho común; y si existe un desequilibrio entre el fiduciante que transmite la plena propiedad del bien y el fiduciario que solo tiene la obligación de devolverlo una vez extinguida la deuda que la transmisión garantiza. En segundo lugar, la postura en nuestro ordenamiento resulta clave para poder admitir que la fiducia constituida bajo una ley extranjera sea reconocida en España. La obra que reseñamos tiene dos partes. La primera se compone de los tres primeros capítulos y la segunda parte está integrada por el capítulo cuarto. Los capítulos segundo y tercero resultan introductorios para el análisis conflictual realizado en la segunda parte compuesto por el capítulo cuarto. Debe destacarse que el libro de la Doctora Caro Gándara se centra en la fiducia sobre bienes corporales, aunque la fiducia también podría establecerse sobre intangibles.

El primer capítulo presenta la configuración de la fiducia en garantía desde una perspectiva histórica, en particular, partiendo del Derecho romano y llegando al Derecho español vigente. La autora es metódica en sus explicaciones al respecto. En la fiducia *cum creditore* como negocio solemne y abstracto, el fiduciario podía optar entre la adquisición inmediata y solemne de la cosa fiduciada o en la reclamación del crédito, por lo que se renunciaba a la garantía. Resulta significativo la evolución de la figura por motivos religiosos dentro del propio Imperio romano con la conversión al cristianismo, origen de la famosa prohibición del pacto comisorio. La profesora Caro Gándara recoge las diversas teorías que afloran en España desde la clásica del doble efecto, que permite que la fiducia sea un contrato mediante el cual el fiduciante transmite la propiedad de un bien con la obligación del fiduciario de retransmitirle el mismo bien, pasado un periodo de tiempo determinado. No obstante, se mantiene que la fiducia carece de causa al faltar el precio de la compraventa. La fiducia *cum creditore* es más bien un contrato de garantía simulado bajo una enajenación. La autora concluye que la fiducia es admisible en virtud de la libertad de pactos del artículo 1255 del Código Civil con el límite de la prohibición del pacto comisorio, basándose en diversas sentencias del Tribunal Supremo desde la de 25 de mayo de 1944. La crítica de la falta de reciprocidad entre las prestaciones como contraria a la justicia se defiende con el principio de buena fe, cuya consecuencia es que solo se considera tercero protegido el que adquiere de buena fe a título oneroso, de forma que la mala fe vicia la adquisición de tercero y; por tanto, queda abierta la posibilidad de acción personal del fiduciante contra él, a pesar de que haya adquirido de un auténtico propietario (el fiduciario). Finalmente, no siendo propietario, el fiduciario no podrá ejercer la tercería de dominio ni la separación sobre el bien de la ley concursal. Frente a las críticas de la debilidad del fiduciante ante posibles embargos de acreedores del fiduciario sobre el bien fiduciado y el concurso del fiduciario, parte de la doctrina reconoce al fiduciante también la tercería de dominio y un derecho de separación de la masa del concurso por analogía con el vendedor en la reserva de dominio. Requiere por tanto la división entre la propiedad material y formal, para

poder justificar que el fiduciario es propietario *erga omnes*, menos frente al fiduciante, que se mantiene como el verdadero propietario en las relaciones con el fiduciario y contra el tercero de mala fe.

Como contrapunto a la falta de reconocimiento de la fiducia en Derecho español común, se estudia el paradigmático caso del Derecho foral navarro y la ley de garantías financieras. Destaca la regulación de Derecho foral navarro, ya que actualmente es el único reducto donde se regula la fiducia en garantía, donde la causa *fiduciae* se considera válida y lícita; porque no atenta contra las leyes ni las buenas costumbres. La *traditio* requiere otorgamiento en escritura pública y en caso de bien inmueble, la inscripción en el Registro de la propiedad. Dichos elementos no solo otorgan validez a la transmisión, sino que aportan la protección a tercero de buena fe, esencial en el ordenamiento español. Desde nuestra perspectiva, el diferente tratamiento entre el fiduciario y el acreedor pignoraticio resulta clave para el análisis del reconocimiento de figuras constituidas mediante leyes extranjeras.

El segundo capítulo expone la misma cuestión en dos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno: el alemán y el francés. El estudio del Derecho comparado permite apreciar cómo los sistemas jurídicos europeos intentan ser eficaces en la contemplación de la fiducia en garantía, ya sea jurisprudencial o legislativamente. La obra nos adentra en el clásico análisis de Derecho material. Primero con respecto al Derecho alemán, donde no ha habido cambios profundos en su legislación, sin embargo, se ha permitido la fiducia por vía jurisprudencial. El *constitutum possessorium* (*Besitzkonstitut*) permite que el adquirente obtenga la posesión mediata mientras que el otorgante está legitimado a conservar la posesión inmediata de forma temporal. De esta manera se sustituye la entrega de la cosa por una mediación posesoria. Otros modos de adquisición son el mero acuerdo de garantía y la cesión al tomador de la acción reivindicatoria. No obstante, la falta de publicidad resulta su principal obstáculo para que pueda tener eficacia en otros Estados, entre ellos España. En la insolvencia se pueda observar como el fiduciario no es un verdadero propietario, por el principio de conversión, como muy bien transcribe la autora de la clásica obra *Garantías mobiliarias en Derecho alemán. Perfiles y principios* (1990), de R. Serick “el derecho pleno transmitido al fiduciario pasa de nuevo sin solución de continuidad al fiduciante, mientras el fiduciario se constituye como un acreedor pignoraticio” (p. 70). No faltan en este capítulo las referencias a la *verlängerte Sicherungübereignung* (transmisión de propiedad en garantía prolongada) y la *erweiterte Sicherungübereignung* (transmisión de propiedad en garantía ampliada), cuya remisión resulta necesaria en el último capítulo de la obra, ya que la autora considera con acierto que dichas formulas no tendrían eficacia en España (p. 201).

El Derecho francés es resumido por la profesora Caro para dar cuenta de la evolución de este ordenamiento, que, tras la crisis económica de 2007, empezó a liberalizar su ordenamiento. Sin embargo, no se entra a valorar la postura del legislador francés ni si efectivamente estas reformas han posibilitado mayor constitución de fiducias, así como las incoherencias internas de haber firmado, pero no ratificado el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre ley aplicable al *trust*. La autora podría haber entrado a exponer el *trust* anglosajón como una figura destacable y necesaria de Derecho comparado, pues es efectivamente lo que se intenta emular desde las reformas del Derecho francés. Asimismo, el estudio del Derecho inglés lo incluyó en su monografía *La reserva de dominio en el comercio internacional. Ley aplicable y eficacia*



en España, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, fruto del mismo proyecto de investigación que la obra reseñada.

El tercer capítulo es de naturaleza comparada sobre las garantías mobiliarias en Derecho transnacional, en particular la Ley Modelo de UNCITRAL sobre garantías mobiliarias (2016), el Convenio de Ciudad del Cabo y el *Draft Common Frame of Reference*. Debe hacerse referencia a que no todos tienen el mismo valor jurídico, aunque se trate de normas uniformes, como acertadamente expone la profesora Caro. La Ley Modelo de UNCITRAL es claramente un texto de *soft law* con inspiración estadounidense que intenta exportar un modelo al resto del mundo. El concepto de garantía funcional se recoge en este texto y también en el Convenio de Ciudad del Cabo. La ratificación por España en 2013 de este Convenio lo convierte en Derecho vinculante. Sin embargo, mientras la Ley modelo de UNCITRAL está pensada para todo tipo de garantías, el Convenio de Ciudad del Cabo se centra en un sector específico, la financiación aeronáutica, por lo que no sería aplicable al resto de los bienes corporales.

Finalmente, el capítulo cuarto examina la validez y eficacia en España de los negocios fiduciarios de garantía constituidos conforme a los ordenamientos jurídicos alemán y francés. La autora parte de la premisa de que la creación o transmisión de los derechos reales exige distinguir entre aspectos obligacionales y reales, con su consiguiente división entre los aspectos que regulan la *lex contractus* y la *lex rei sitae*. Primero se estudia la *Sicherungsübereignung* alemana que necesita el *constitutum possessorium* (o mediación posesoria) y que no parece vulnerar normas imperativas ni de orden público españolas, justificándolo en el artículo 1463 del Código Civil. Segundo, la *fiducie-surété* francesa necesita un contrato solemne y ciertas menciones obligatorias (valor estimado del bien transferido al patrimonio fiduciario, deuda garantizada, etc.), e inscripción en el Registro nacional de fiducias. Se mantiene que debe reconocerse en España la *fiducie-surété* constituida según la ley francesa. No obstante, la cuestión es qué garantía española resulta más próxima. Si pensamos en una prenda sin desplazamiento regida por el Derecho español, existen determinados requisitos de forma e inscripción en el Registro de Bienes muebles, que resultan necesarios para su adquisición como derecho real y también para su oponibilidad frente a terceros, lo cual es especialmente relevante una vez se ha trasladado el bien a España. El registro de fiducias francés no cumple una función de publicidad frente a terceros ni siquiera requiere un control formal. Su falta de equivalencia con respecto al Registro de Bienes muebles no hacen que la *fiducie-surété* sea válida sin más en España. La postura de la Doctora Caro es que estas formas extranjeras son válidas por el principio de libertad de pactos y el principio de *numerus apertus*, donde lo relevante es la *lex rei sitae* de constitución, por lo que el Derecho español no debería intervenir a no ser que se vulneren normas imperativas o normas de orden público que reduce a buena fe y justicia contractual (p. 157). Por tanto, según esta postura solo existe un problema de eficacia.

No obstante, incluso admitiendo estos postulados hasta ahora la ley de la nueva situación del bien resulta relevante para una mayor previsibilidad, como recoge el Grupo Europeo de Derecho internacional Privado en la Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a los derechos sobre bienes corporales (2023); ya que en su artículo 4 no hace referencia a una concreción temporal. También el artículo 8 de la citada Propuesta se refiere a los derechos adquiridos, donde el derecho de real adquirido de conformidad a la *lex rei sitae* sigue rigiendo la existencia del derecho, pero la nueva *lex rei sitae* rige el alcance y el ejercicio de ese derecho real, así

como la prioridad entre ese derecho real y otro derecho real que pudiera constituirse bajo la nueva ley. Según la autora, la remisión a la nueva *lex rei sitae* supone un desequilibrio a favor de la seguridad del tráfico local, protegiendo a los acreedores locales del fiduciante. Según esta tesis, no deberían prevalecer los acreedores del fiduciante, porque no son terceros protegidos frente al derecho del fiduciario. A nuestro juicio, la falta de armonización europea ayudaría a usar la movilidad de los bienes corporales para constituir ventas en garantía de las que no habría forma de conocer, ni en origen ni en destino, si admitiéramos tal postura. Este razonamiento obliga a legitimar el sistema de *notice filing* sin un análisis profundo de las limitaciones de este, a la vez que se hace alusión al coste del crédito, pero sin tener en cuenta el coste de la justicia a la que se necesita recurrir a falta de la calificación registral del Derecho español.

En definitiva, la obra de la Doctora Caro resulta imprescindible para reflexionar sobre el actual sistema de garantías español y para evaluar la continuidad jurídica de la eficacia de las garantías mobiliarias constituidas en otro Estado miembro de la UE, donde se exponen los argumentos a favor de un tipo de modelo jurídico que difiere del actual a tres niveles (material, registral y conflictual).

**Briseida Sofía Jiménez-Gómez**  
**Universidad Complutense de Madrid**

**DURÁN AYAGO, A., *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, 208 pp.**

El título de la obra revela con precisión su temática y, a mi parecer, el leitmotiv principal que la autora desea transmitirnos que no es otro que un avance real –y necesario– en materia de reconocimiento de derechos de las personas y familias en situaciones transnacionales.

Hay que valorar de manera muy positiva la aparición de una monografía que, atendiendo a una cuestión crucial como son los derechos fundamentales, viene a colmar la laguna existente en la doctrina española que, hasta la fecha, solo le había prestado escasa atención de una manera parcial, y en muchos casos tangencial; todo ello, para “más inri” que estamos ante una cuestión con una indudable sustantividad propia, y no menos relevancia en el tráfico jurídico externo. La autora y profesora, Antonia Durán Ayago, con una amplia y sólida trayectoria en materia de protección de la familia en su diversidad de modelos actuales, se sitúa en este trabajo en una perspectiva LGTBIQ que presenta unos desafíos propios cuya solución *ius privatista* precisa una respuesta alineada con los Derechos humanos. El presente estudio, que aquí reseñamos, responde de modo sobresaliente a los retos que plantean estas situaciones; sobre la base de un conocimiento profundo de la temática y un minucioso análisis de la casuística actual, construye su análisis sobre una normativa, un desarrollo jurisprudencial y doctrinal que confieren un innegable valor científico a este trabajo.

La obra se estructura en cuatro capítulos bien diferenciados y lógicos que, desde una conceptualización de nociones básicas, junto con un análisis metodológico clave en la materia, nos adentra en el estudio de casos, presentándonos las principales tendencias legislativas y doctrinales existentes en materia de reconocimiento. Desde tales premisas, la autora realiza una serie de propuestas de *lege ferenda* para mejorar la libertad de movimiento de las personas y sus familias entendida *in extenso*, alcanzando así a su identidad y al modo en que esta desea construirse.

El capítulo I, bajo el título “Ciudadanía, Dignidad, Libre desarrollo de la persona y Derechos humanos” realiza un análisis certero de nociones jurídicas claves sobre las que pivotan los derechos básicos que definen a la persona. El eje vertebrador es, sin duda, una identidad personal y familiar cuya protección alcanza a las situaciones transfronterizas, y que en Derecho internacional privado se acoge a través de la permanencia del estatuto personal. En efecto, tal como indica la autora, “Lo que una persona es y la forma que tiene de estar en el mundo parece que debería trascender lo jurídico, dado que nace del convencimiento respecto a su esencia y está íntimamente coligado con su dignidad”. La protección de esta identidad personal y familiar –bajo su consideración de derecho fundamental– es analizada a partir de sentencias emblemáticas del TEDH que atiende a lo largo de su jurisprudencia a sus diversas manifestaciones, tales como el respeto efectivo de la vida familiar, el nombre de las personas físicas, el reconocimiento de un cambio de sexo o la existencia de vínculos paterno filiales acontecidos a través de gestación por sustitución.

El capítulo II, tal como señala la propia autora, constituye el eje central del trabajo, exponiendo al tiempo con exhaustividad y claridad, –en un tema sin duda metodológicamente comple-

jo– los parámetros básicos del método de reconocimiento en las situaciones jurídicas privadas y su innegable relación, en el espacio europeo, con el principio de reconocimiento mutuo. La premisa sobre la que se fundamenta este capítulo es el análisis de uno los objetivos clásicos del derecho internacional privado como es evitar las situaciones claudicantes y su consecuente función de trascender la diversidad normativa en la que se encuentra compartimentada el mundo. A partir de aquí, se realiza un análisis certero del método de reconocimiento a través de la principal doctrina europea –fundamentalmente francesa en la materia–, reivindicando su aplicación a situaciones nacidas de realidades diversas como las que tienen que ver con personas LGTBIQ. Este capítulo presta asimismo especial atención al llamado “principio de reconocimiento mutuo europeo”, abordándolo de un modo holístico al introducirnos a su comprensión desde el Espacio judicial europeo, hasta su desarrollo legislativo realizando el engranaje necesario entre la libre circulación de determinados documentos públicos y los derechos de las personas LGTBIQ en la Unión esbozados en la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo de 9 de septiembre de 2021.

El capítulo III, bajo el título “Estatuto personal y su portabilidad universal”, analiza el conjunto de elementos, con trascendencia jurídica, que conforman el estatuto personal y que han de protegerse en los desplazamientos transfronterizos. Ante la falta de una protección normativa concreta, la fundamentación jurídica de este derecho básico de toda persona se basa en una jurisprudencia consolidada del TDEH, así como otra más incipiente pero igualmente relevante del TJUE. La autora trasciende los análisis realizados hasta la fecha aportando un avance real en la materia. Por un lado, realiza una exégesis detallada de la jurisprudencia de ambas instancias europeas, prestando especial atención al diálogo fructífero entre ambos órganos jurisdiccionales. A partir de este enfoque, atiende a elementos claves del estatuto personal como el nombre de las personas físicas, la identidad de género, la filiación y el matrimonio, en concreto a través del concepto de cónyuge. Por otra parte, la perspectiva del mencionado análisis jurisprudencial es altamente novedoso al no limitarse a constatar la importancia de garantizar el estatuto personal en un contexto globalizado, sino al reivindicar –y fundamentar– su trascendencia desde la perspectiva de los Derechos humanos.

Por último, el capítulo IV, rubricado “Hacia la libre circulación de personas y familias”, presenta las principales tendencias legislativas que se han propuesto hasta el momento para configurar el método de reconocimiento que garantice el ejercicio de los Derechos humanos. Para finalizar, la profesora Durán Ayago insiste en la trascendencia jurídica –y, sobre todo, humana– de las situaciones privadas referidas; en sus palabras “garantizar el respeto de la identidad personal y familiar del individuo y avalar su circulación a través de las fronteras se ha convertido en una necesidad imperiosa que está forzando un necesario cambio de paradigma para el DIPr”. En las actuales relaciones personales la alineación con los Derechos humanos es incuestionable, antes era preciso idear fórmulas ante la interculturalidad, mientras que en la actualidad las tensiones emergen fundamentalmente desde la perspectiva LGTBIQ. A partir de aquí, la autora enuncia una serie de propuestas de *lege ferenda* audaces y comprometidas, trascendiendo así la senda abierta por las dos altas instancias jurisdiccionales europeas. En primer lugar, realiza una apuesta firme por una regla de reconocimiento que, alejándose de su carácter de excepción, se conforme en una pauta general que ampare la situación jurídica ya creada tanto en un Estado miembro (bajo el paraguas del reconocimiento mutuo), como en un

tercer Estado (bajo el prisma del más amplio método de reconocimiento). En segundo término, y desde mi parecer la aportación más novedosa pivota en una protección de esa identidad de la persona a través de vías que amparen su autonomía de la voluntad; hasta el punto de que, si su Estado no puede amparar sus legítimas pretensiones, la persona afectada pueda recurrir a otro Estado que posibilite el desarrollo de su personalidad. Se constituirían así, lo que la autora denomina “Estados–refugio”, a los que a través de sus normas de competencia internacional las personas podrían desplazarse y recurrir, incluso mediante la activación de un foro de necesidad si otros no fueran posibles. Se aboga así por una reinterpretación del concepto de proximidad, que no se limitaría a circunstancias objetivas como pueden ser la nacionalidad o la residencia habitual de la persona afectada, sino que alcanza asimismo a aquellas relaciones privadas, fundamentalmente aquellas con perspectiva LGTBIQ, que precisan encontrar un amparo. En este desplazamiento, la persona busca el desarrollo de su personalidad a través del amparo de ese “Estado–refugio”, en atención a un sistema de Derecho internacional privado proactivo para constituir esa realidad, y que en ningún caso podría considerarse abuso de derecho ni fraude de ley, ni es posible hablar de *bad forum shopping*. Y, en tercer lugar, y como complemento a las anteriores propuestas, el orden público internacional, como barrera única y última para posibilitar el reconocimiento debe ser minorado a su mínima expresión, y en todo caso, ser matizado siempre por el principio de no discriminación que, en lo relacionado a la perspectiva LGTBIQ, alcanza un significado propio.

En suma, el trabajo científico realizado por la profesora Antonia Durán Ayago constituye una excelente presentación del estado de la cuestión, así como por la sistemática escogida y el análisis certero de las cuestiones claves, permite una comprensión integral de una temática de actualidad y de creciente relevancia en el plano internacional. Por su objeto de análisis, su rigor científico y su elevada practicidad considero que estamos ante una obra imprescindible para el académico como para el práctico en derecho. No quisiera dejar de destacar, fruto de la maestría de su autora, el correcto tratamiento de estos casos de “textura abierta” donde convergen nociones jurídicas básicas, derechos fundamentales y una normativa que aún no acoge la realidad diversa de la persona y su dimensión familiar en continua transformación.

**Irene Blázquez Rodríguez**  
**Universidad de Córdoba**



**FAGGIANI, V. (Dir.) y GARRIDO CARRILLO, F.J. (Coord.), *La necesaria reconfiguración del derecho de asilo. Entre la dimensión interna y externa de la política migratoria de la UE*, Aranzadi, Navarra, 2023, 311 pp.**

La obra objeto de reseña es el resultado del Congreso internacional “Inmigración y crisis del Estado de Derecho en la UE: tendencias y perspectivas de reforma”, celebrado los días 2 y 3 de febrero de 2023 en la Universidad de Granada y dirigido por la profesora Valentina Faggiani. Tanto dicho Congreso como la obra fruto del mismo, se enmarcan en el Proyecto de investigación de I+D+i del Programa Operativo FEDER Andalucía, “Políticas de Integración de los Inmigrantes y Refugiados en Perspectiva Nacional, Autonómica y Europea”, y en el Módulo Jean Monnet, “Challenges to justice in the EU: perspectives for reform”, liderados ambos por la profesora Faggiani.

La obra se divide en dos partes: una primera sección en la que se aborda la gestión del fenómeno migratorio en contextos de migración masiva, y una segunda sección relativa al control remoto de los flujos migratorios a través de la externalización y las nuevas tecnologías.

La primera sección se abre con el trabajo de la profesora Valentina Faggiani (Universidad de Granada), en el que analiza el dialogo judicial europeo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la tutela de los derechos de las personas migradas y solicitantes de protección internacional a partir de dos líneas jurisprudenciales: la jurisprudencia sobre confianza mutua y la jurisprudencia sobre política migratoria en los nuevos Estados iliberales, en particular sobre Hungría.

Seguidamente, el profesor Miguel A. Acosta Sánchez (Universidad de Cádiz) analiza la primera activación de la Directiva de Protección Temporal con ocasión de la agresión rusa a Ucrania, con especial referencia a su aplicación en España, donde se ha optado por una clara ampliación del ámbito personal de aplicación de la norma.

A continuación, el profesor Francisco Javier Durán Ruiz (Universidad de Granada) aborda los límites y exclusiones de la regulación de la migración y el asilo en la Unión Europea, marcados por dos fenómenos en ascenso: por un lado, la migración y el desplazamiento forzoso por motivos climáticos y, por otro lado, las situaciones de crisis y de emergencia, como la afluencia masiva de personas procedentes de Ucrania como consecuencia de la invasión rusa a gran escala que se inicia en febrero de 2022.

Esta primera sección se cierra con el trabajo de la profesora Ángeles Lara Aguado (Universidad de Granada) dedicado a la protección de los derechos de la infancia y juventud migrante víctima de trata con fines de explotación sexual. La profesora Lara Aguado concluye que, pese a existir normas en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual, los derechos de la infancia y la juventud son reiteradamente vulnerados. Por lo que defiende que el legislador conceda la nacionalidad española por opción o carta de naturaleza para menores víctimas de trata.

La segunda sección comienza con el capítulo del profesor Javier Roldán Barbero (Universidad de Granada) en el que, a partir de una configuración general, aborda el estudio de la dimensión exterior de la política migratoria de la Unión Europea. El profesor Roldán Barbero aborda la interacción entre las vertientes interna y externa de la política migratoria, así como la interacción con el resto de las políticas exteriores de la Unión Europea. Asimismo, en su análisis

de las manifestaciones exteriores de la política migratoria de la Unión Europea, el autor pone de manifiesto “un sinfín de atentados al imperio de Derecho, a los derechos humanos, a los principios democráticos en suma”.

A continuación, el profesor Daniel Camoni Rodríguez (Università degli Studi di Milano) estudia el desarrollo de las políticas de externalización de las fronteras y del derecho de asilo por parte de las instituciones de la Unión Europea y algunos Estados miembros. En particular, el profesor Camoni Rodríguez pone de relieve los aspectos más controversiales de dichas políticas, así como sus eventuales contradicciones con el Derecho internacional y, más concretamente, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En esta II sección también se aborda la aplicación del principio de no devolución en el contexto de las misiones diplomáticas y la concesión de visados humanitarios, a través del trabajo elaborado por el profesor Juan Ruiz Ramos (Universidad de Granada). El profesor Ruiz Ramos analiza cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechazan la obligatoriedad de otorgar visados humanitarios para que los refugiados puedan llegar de forma segura al Estado de acogida; mientras que otros órganos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos, abren la vía a la aplicación del principio de no devolución en las misiones diplomáticas.

Por su parte, el profesor Salvatore Fabio Nicolosi (Universidad de Utrecht y Brussels School of Governance, Vrije Universiteit Brussels) y la investigadora Agustina Pirrello (Universidad de Utrecht), se centran en el papel de las agencias europeas implicadas en los ámbitos relativos a la inmigración y el asilo, como Frontex y la Agencia de Asilo de la UE. Aunque estas agencias han visto desarrollado su mandato en los últimos años, ofreciendo un importante soporte a las autoridades nacionales a la hora de hacer frente a situaciones de emergencia provocadas por presiones migratorias, se ha cuestionado el impacto de la labor de estas agencias en los derechos humanos de los migrantes; especialmente en las evaluaciones llevadas a cabo para determinar cuáles son Estados seguros.

Esta obra se cierra con el trabajo del profesor Francisco Javier Garrido Carrillo (Universidad de Granada) en el que nos ofrece un análisis de los límites que deben aplicarse en el uso de la inteligencia artificial en la evaluación y tratamiento de las solicitudes de asilo y refugio de la entrada de inmigrantes en la Unión Europea. El recurso a la inteligencia artificial en el control de los movimientos migratorios nos ha puesto frente a una nueva realidad en los procedimientos de evaluación y tratamiento de las solicitudes de asilo y refugio. Si bien, el uso de estos sistemas tecnológicos inteligentes puede conllevar graves riesgos de discriminación y violación de los derechos fundamentales, lo que exige establecer los límites del uso de estas tecnologías desde un enfoque humanista.

En definitiva, se trata de una obra de indudable interés y actualidad. En su conjunto, los trabajos que conforman esta obra ofrecen reflexiones sólidamente fundamentadas sobre la problemática que afecta a la regulación jurídica de la inmigración, el asilo y el refugio. A este respecto, cabe destacar la encomiable labor de dirección de la profesora Faggiani para dar forma a una obra bien estructurada, en la que se plantean buena parte de los principales retos a los que se enfrenta el Sistema Europeo Común de Asilo.

**Carolina Soler García**  
**Universidad de Alicante**



**GARCÍA ANDRADE, P. (Ed.), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 350 pp.**

Los estatutos de la AEPDIRI establecen que su principal objetivo es promover el estudio y el progreso del Derecho Internacional Público y Privado, del Derecho de la Unión Europea y de las Relaciones Internacionales. En consecuencia, entre sus actividades destaca la organización de encuentros científicos entre sus miembros. El libro objeto de la presente reseña cumple con este propósito al sistematizar los trabajos de investigación de los participantes de la cuarta edición de los Seminarios de la Asociación, centrados en temas de actualidad del Derecho Internacional Público. Este seminario se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, bajo la dirección de la profesora Paula García Andrade, en junio de 2022. En aquella ocasión, el debate académico se enfocó en la particular e intensa relación del ordenamiento jurídico de la UE con el Derecho Internacional (p. 11).

El propio TUE, en su artículo 3.5, destaca que, en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión contribuirá al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional. La especificidad de esta disposición proviene de la evolución de la organización, ya que, una vez superadas las controversias en torno a su naturaleza o autonomía respecto del Derecho Internacional, la discusión se ha centrado en la influencia e incluso interdependencia de ambos ordenamientos en cuestiones sustantivas. Por ejemplo, el firme compromiso de la UE con la implementación del Acuerdo de París evidencia cómo ambos ordenamientos no deben concebirse de forma aislada, sino que en muchas ocasiones se retroalimentan o presentan las mismas deficiencias. Esta constante y creciente interacción presenta una serie de desafíos, como la contribución de la UE al desarrollo del Derecho Internacional, su participación en otras organizaciones internacionales, y las dificultades que conlleva la aplicación del Derecho Internacional por parte de aquella. Por ello, la obra colectiva objeto de mi reseña constituye un excelente trabajo de investigación, ya que diecisiete académicos, acorde a su *expertise*, ofrecen una profunda reflexión científica sobre las cuestiones de mayor relevancia para las interacciones mutuas entre ambos ordenamientos (p. 16).

Gracias al minucioso trabajo de la editora, el libro se divide en tres partes, comprendiendo un total de dieciséis capítulos. El primero de ellos, escrito por Eva Kassoti y Ramses Wessel (pp. 19-44), establece el marco conceptual y actúa como elemento de cohesión entre las diversas contribuciones científicas presentadas. En este capítulo, se realiza una evaluación jurídica de la fuerza y el efecto normativo del artículo 3.5 del TUE. Los autores sostienen que esta disposición debe interpretarse como un principio vinculante en toda acción exterior de la UE; sin embargo, argumentan que carece de autonomía, tal como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A continuación, la temática se desarrolla a través de tres grandes ejes. El primero, que consta de siete capítulos (pp. 45-180), se centra en las fuentes del Derecho Internacional y su interacción con la UE. En este contexto, José Manuel Sobrino Heredia (pp. 47-72) analiza la creciente actividad de la UE en las distintas etapas de evolución del Derecho del mar: codificación, institucionalización y judicialización. Destaca que, a pesar de la ausencia de un fundamento jurídico en el derecho originario, la Unión ha construido un auténtico Derecho europeo del mar y un espacio marítimo común, dejando su huella en los procesos de creación y aplicación de las normas marítimas internacionales. Otro tema clásico en los

estudios sobre la acción exterior de la UE es la mixidad de los acuerdos internacionales. Por ello, Carmen Martínez Capdevila (pp. 73-95) se adentra en el complejo análisis del margen de discrecionalidad en la adopción de acuerdos que afecten a materias en las que la Unión posee una competencia compartida. A tal fin, se realiza una exhaustiva revisión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para determinar en qué casos la mixidad es facultativa u obligatoria. En relación con el *soft law*, Teresa Fajardo del Castillo (pp. 97-116) sostiene que el papel de la UE en su formación es cada vez más relevante, permitiéndole avanzar en su pretensión de convertirse en una potencia normativa en el diseño de políticas globales. Aunque los procedimientos informales permiten sortear numerosas dificultades jurídicas o políticas en la actual crisis normativa global, la autora subraya la necesidad de fortalecer los mecanismos de control inherentes a la arquitectura de la Unión. Sobre el derecho consuetudinario, Francisco Pascual-Vives (pp. 117-132) examina cómo el ordenamiento jurídico internacional contribuye al proceso de identificación de la costumbre en la litigación ante el Tribunal de Justicia de la UE. Concluye que dicho tribunal emplea técnicas jurídicas similares a las de otros tribunales internacionales cuando se invoca la costumbre como *lex arbitri*. Finalmente, los tres capítulos que cierran el primer eje temático destacan cómo la creciente convergencia entre ambos ordenamientos plantea diversos desafíos. María Esther Jordana Santiago (pp. 133-147) observa que, aunque la incorporación de las recomendaciones del GAFI al acervo comunitario ha conllevado importantes avances en la lucha contra el blanqueo de capitales, la falta de participación del Parlamento Europeo en la elaboración de estas directrices puede poner en riesgo el principio de equilibrio institucional. Gustavo de la Orden Bosch (pp. 149-164) analiza hasta qué punto el marco jurídico vigente y las propuestas del Pacto Europeo protegen efectivamente los derechos de migrantes y refugiados en el mar, concluyendo que ni el Derecho de la UE ni el Derecho internacional ofrecen una solución adecuada a las crisis humanitarias en las fronteras marítimas exteriores de la Unión. Por último, Natalia M. Ochoa Ruiz (pp. 165-180) aborda la contribución de la UE al desarrollo progresivo del Derecho internacional de la Bioética, señalando que el régimen jurídico europeo sobre la edición genética en la línea germinal humana se basa en restricciones rigurosas, elevando el nivel de protección estipulado por la normativa universal.

La sociedad internacional contemporánea es inconcebible sin la participación activa de las organizaciones internacionales. Estas entidades desempeñan un papel fundamental en el desarrollo del Derecho Internacional, actuando como foros de cooperación intergubernamental y facilitando la elaboración de normas y estándares de alcance global. Por consiguiente, el segundo eje se estructura en torno a cuatro capítulos que examinan una de las consecuencias de la personalidad jurídica internacional de la Unión Europea: su participación en otras organizaciones internacionales, en particular, las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la OTAN (pp. 181-258). El profesor Xavier Pons Rafols (pp. 183-209) aborda las relaciones entre la UE y el sistema de las Naciones Unidas desde la perspectiva de esta última. Basándose en una doble dependencia de índole jurídica y política, el autor no solo reafirma los beneficios de esta relación intensa, como el fortalecimiento institucional de los principios y valores de las Naciones Unidas por parte de la Unión, sino que también critica las reticencias a una mayor presencia institucional de la UE en el sistema onusiano. En consonancia con esta línea de investigación, Daniel Iglesias Márquez (pp. 211-226) analiza la responsabilidad del sector empresarial en el respeto a los derechos humanos y la protección del medio ambiente. En un

contexto marcado por la carencia de desarrollo legislativo a nivel internacional, resulta esencial que ambas organizaciones colaboren. El capítulo destaca, por lo tanto, el interés de la UE en adoptar los principios del *soft law*, aunque muestra reticencia ante la implementación de un instrumento legalmente vinculante. Por su parte, Ana Gascón Marcén (pp. 227-241) examina la interacción entre el Consejo de Europa y la UE en el ámbito convencional. A pesar de no ser miembro, la UE ejerce una notable influencia sobre el contenido y el éxito futuro de los acuerdos adoptados por la organización. La competencia que a veces caracteriza esta relación puede deteriorar la efectividad del espacio jurídico común europeo. Por lo tanto, es necesario trabajar para lograr una mayor coordinación tanto entre los Estados miembros de la UE como entre la UE y el Consejo de Europa, un objetivo que no es sencillo de alcanzar. Finalmente, el eje se completa con un capítulo elaborado por Carlos Espaliú Berdud (pp. 244-257), en el cual se evalúa si la articulación de la autonomía estratégica en materia de defensa de la UE contribuye al fortalecimiento del pilar europeo de la OTAN, o si, por el contrario, representa un distanciamiento de la Alianza. El punto de partida de esta investigación se sitúa en los graves atentados sufridos por Francia en 2015, que llevaron a la invocación de la cláusula de asistencia mutua del artículo 42.7 del TUE. Paradójicamente, se cuestiona repetidamente el futuro de la Alianza cuando la capacidad real de la autonomía estratégica de la UE se diseña en consonancia con los principios del único marco viable para garantizar la defensa territorial del continente: la OTAN.

La aplicación del Derecho internacional constituye un elemento esencial en la regulación de las relaciones entre Estados y diversos actores globales, garantizando la paz, la seguridad y la cooperación internacional. La UE desempeña un papel primordial en este contexto, no solo como un bloque regional con una notable presencia económica y política, sino también como un ferviente promotor de la normativa internacional. En este sentido, el último eje del libro (pp. 258-350), compuesto por cuatro capítulos, invita al lector a reflexionar sobre cuestiones relacionadas con la acción exterior de la UE, las cuales provocan una interacción directa con el Derecho internacional. En cuanto a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, Joana Abrisketa Uriarte (pp. 261-285) aboga por una transformación en el régimen actual que asegure la protección de los derechos humanos de las personas afectadas por actos ilícitos. A través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se evidencia que dicho órgano jurisdiccional ha desarrollado fórmulas para evitar la confrontación directa con la ONU y la UE. Manuel López Escudero (pp. 287-316), tomando como punto de partida la célebre sentencia *Achmea*, centra su análisis en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE respecto a la compatibilidad de los arbitrajes internacionales con el derecho de la organización. Aunque la aplicación estricta del principio de autonomía ha caracterizado la actuación judicial, los tribunales arbitrales sostienen que se circunscriben exclusivamente a la aplicación del Derecho internacional. Esta confrontación, lejos de disminuir, aumentará, presentando un desafío significativo para la UE en cuanto a la ejecución de sus decisiones. Otra cuestión de gran interés en la actualidad se refiere a las medidas restrictivas sancionadoras implementadas por Bruselas en el marco de su política exterior, la cual se rige por el necesario respeto al Derecho Internacional. En consecuencia, Joan David Janer Torrens (pp. 317-331) examina el régimen europeo, destacando su reticencia a imponer sanciones secundarias, es decir, aquellas con aplicación extraterritorial. No obstante, dado que Estados Unidos recurre a estas sanciones, afectando a personas físicas y jurídicas de la Unión, esta ha implementado

un mecanismo conocido como el estatuto de bloqueo para contrarrestar las consecuencias derivadas de tales sanciones. El último capítulo del eje, redactado por Ana Sánchez Cobaleda (pp. 333-350), aborda el papel de la UE en el régimen internacional de no proliferación de armas de destrucción masiva. Se enfatiza nuevamente cómo la Unión se adhiere a las normas universales y contribuye al desarrollo progresivo del Derecho Internacional, incorporando la lucha contra la proliferación como un elemento clave de su política exterior. Sin embargo, aún queda un largo camino por recorrer, ya que la UE no ha abordado de manera integral las causas subyacentes a la proliferación, como la debilidad del Estado de Derecho y el deterioro socioeconómico.

Para concluir, es fundamental resaltar la importancia de esta obra colectiva, que de manera coherente y oportuna ha recopilado los trabajos presentados en la cuarta edición de los Seminarios de la Asociación, centrados en temas de actualidad del Derecho Internacional Público. La profesora Paula García Andrade ha conseguido no solo un equilibrio excelente entre los diversos ámbitos de investigación, sino que también ha editado un libro en el que académicos, en diferentes etapas de sus carreras profesionales, ofrecen una visión constructiva sobre la interacción entre el Derecho de la UE y el Derecho Internacional. Esta obra invita al lector a explorar enfoques innovadores y enriquecedores en una temática de gran relevancia contemporánea.

**Eimys Ortiz Hernández**  
**Universitat de Lleida**

**GOÑI URRIZA, N., *La libre circulación de servicios en la Unión Europea. El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles*, Bosch, Madrid, 2023, 284 pp.**

La obra de la que doy noticia bibliográfica nos acerca a una de las materias más clásicas, pero no por ello menos complejas, del Derecho material de la Unión Europea. Con prólogo de Javier Carrascosa y realizado en el marco de las ayudas a proyectos de investigación de la Universidad Pública de Navarra, este libro aborda “la libre circulación de servicios en la Unión Europea”, englobando dos libertades fundamentales del mercado interior de la UE: la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

El libro consta de cinco capítulos. El capítulo primero, ciertamente descompensado en su extensión, viene a ser una breve introducción general a las “libertades económicas de establecimiento y prestación de servicios como motor del mercado interior”.

Ya en el capítulo II la autora se detiene en la exposición de los rasgos característicos de la libertad de establecimiento (ámbito de aplicación, beneficiarios, ejercicio, contenido de la libertad) y de la libre prestación de servicios. En este último caso, comienza con en la exposición de las diferencias entre ambas libertades (pp. 55 y 56) para proceder a explicar de nuevo su ámbito de aplicación, modalidades, beneficiarios y contenido de la libertad. Más tarde, la autora procede a una delimitación de estas figuras respecto de la libre circulación de mercancías y capitales y a exponer las excepciones y restricciones a ambas libertades (actividades relacionadas con el poder público; restricciones por razones de orden público, seguridad y salud públicas y razones imperiosas de interés general). El capítulo se cierra con una referencia al problema del reconocimiento de títulos y formación obtenidos en otro Estado miembro y a la Directiva 2005/36.

El capítulo III tiene por objeto “la incorporación de los principios legales y criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia en la Directiva de servicios”. La autora comienza explicando el ámbito de aplicación de la Directiva servicios (Directiva 2011/24), deteniéndose en la exposición de su ámbito de aplicación material y de los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, de los requisitos sometidos al régimen de la Directiva, su ámbito geográfico y sus relaciones con otras disposiciones del Derecho de la Unión. A continuación, explica el régimen armonizado de forma independiente en relación con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. El capítulo finaliza con una referencia al “fomento de la calidad, la información y la transparencia de los servicios”.

El capítulo IV se destina al análisis del régimen específico de los servicios de la sociedad de la información, incorporando un estudio de la Directiva de comercio electrónico y del Reglamento de servicios digitales. A lo largo del capítulo se pasa revista al ámbito de aplicación de la Directiva (concepto de servicios de la sociedad de información, materias excluidas y ámbito de aplicación espacial), para exponer, a continuación, el régimen de libre circulación de los servicios de la sociedad de la información, por un lado, y el régimen de establecimiento, por otro lado. También se analiza el régimen de responsabilidad de prestadores de servicios intermediarios. El capítulo se cierra con una breve referencia a otras cuestiones vinculadas a

la consecución del Mercado único digital en la UE y, especialmente, a la prohibición del “bloqueo geográfico” regulado en el Reglamento 2018/302.

El quinto y último capítulo del libro la autora lo titula “la cuestionable evaluación en la jurisprudencia española de los obstáculos a las libertades económicas”. Analiza, por un lado, el concepto de “situaciones puramente internas”, su interpretación por el Tribunal de Justicia y la aplicación de las libertades en estos casos. Por otro lado, expone el método de evaluación de las medidas estatales restrictivas de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios: la necesidad y proporcionalidad de las medidas nacionales y la exclusión de justificaciones por motivos económicos. También se refiere, en tercer lugar, a las “obligaciones de los Estados miembros derivados de las libertades de establecimiento y prestación de servicios” (inaplicación de la medida estatal, restauración de la situación anterior y reclamación de daños). En cuarto, y último lugar, analiza “la incorporación de las libertades económicas a Derecho interno (con referencias a la Ley de Garantía del Mercado Único) y su aplicación por parte de los tribunales españoles” (casos de viviendas de uso turístico y establecimientos comerciales).

**F. Jesús Carrera Hernández**  
**Universidad de La Rioja**

**HEREDIA CERVANTES, I. (Dir.), *Cesiones internacionales de créditos. Retos presentes y futuros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 233 pp.**

La globalización económica existente en la actualidad ha dado lugar a un aumento del comercio internacional sin precedentes. Los intercambios de bienes y servicios pueden comprometer elevadas cantidades de dinero, que van a necesitar de la financiación oportuna para ser viables. Se trata de un escenario donde los créditos se erigen como una fórmula adecuada para dar soporte a los operadores concernidos. Al ser el crédito una parte del patrimonio del acreedor de la que se puede disponer, los negocios transfronterizos van a recurrir a este mecanismo para obtener fondos con los que desarrollar sus actividades. La presencia del elemento extranjero en la relación jurídica considerada se producirá cuando haya conexión con varios ordenamientos jurídicos, lo que requerirá de las normas de tráfico jurídico externo para resolver las controversias que se puedan generar a este respecto. El legislador europeo no ha sido inmune a esta realidad y ha previsto normas de conflictos de leyes específicamente diseñadas para las cesiones internacionales de créditos en el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Pero lejos de resolver todos los aspectos que confluyen en esta figura se deja fuera el relativo a la determinación de la propiedad.

Por lo tanto, la configuración del derecho de crédito como un valor económico que su titular puede donar, vender y, en general, traspasar a otra persona, lo mismo que se transfiere la propiedad de una cosa requiere de instrumentos jurídicos adecuados para regular todas las relaciones que se pueden generar con este tipo de transacciones. De tal forma que, además de la relación entre cedente y cesionario, así como el estatuto del deudor cedido, también debe recibir respuesta jurídica adecuada la eficacia frente a terceros de las cesiones de créditos. Esto último no encuentra acomodo en el Reglamento 593/2008, por lo que se está elaborando en estos momentos uno nuevo para regular la ley aplicable a la eficacia jurídico-real de la cesión. Al adoptar normas de conflicto de leyes uniformes a escala de la Unión Europea (UE), el Reglamento propuesto eliminará los riesgos jurídicos y las posibles consecuencias sistémicas de las transacciones de créditos internacionales, facilitando así la inversión transfronteriza, el acceso a una financiación a menor coste y la integración de los mercados. Asimismo, contribuirá a aumentar la seguridad jurídica en todo el espacio económico integrado, lo que debería propiciar un mayor recurso a este tipo de negocios basados en activos inmateriales.

Para dar firme respuesta a los elementos patrimoniales de la cesión de créditos, tales como determinar qué requisitos debe cumplir el cesionario para asegurarse de que adquiere la titularidad jurídica sobre el crédito a raíz de la cesión y cómo resolver los conflictos de prioridad, es decir, los que se producen entre varios demandantes concurrentes en cuanto a quién es el titular del crédito tras una cesión transfronteriza, se está tramitando la norma correspondiente de derecho derivado en la UE. Al estudio del futuro Reglamento se dedica la obra colectiva que se presenta en estas líneas, aunque sin descuidar el análisis de otras cuestiones ajenas a su ámbito de aplicación pero vinculadas de manera estrecha con la regulación que contiene. Se trata de un trabajo que está integrado por once contribuciones, la mayoría de ellas con origen en las ponencias presentadas en el seminario celebrado en el Colegio de abogados de Málaga los días 23 y 24 de septiembre de 2021, que fue coorganizado por la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad de Málaga, el Colegio de Abogados de Málaga y el Centro de Inves-

tigación de Derecho Registral de la Universidad Autónoma de Madrid. Además de profesores de Derecho internacional privado, también colaboran profesionales del ámbito jurídico, lo que aporta una visión práctica de relevancia inestimable para la mejor comprensión de los análisis teóricos.

La obra principia con una presentación por parte del Director, el Profesor Heredia Cervantes, con el objeto de precisar el contenido nuclear del estudio. Queda claro que se trata de una futura norma, que vendrá a completar las disposiciones del Reglamento Roma I relativas a la ley aplicable a los aspectos contractuales de las cesiones de créditos. La importancia de conocer una propuesta legislativa allana el camino para cuando devenga en definitiva y facilita su conocimiento antes de convertirse en obligatoria. La pertinencia del trabajo está fuera de toda duda, por su contribución a la creación de un mercado único de capitales en los veintisiete Estados miembros de la UE. En efecto, la Unión de los Mercados de Capitales (UMC) pretende conseguir que la inversión y el ahorro circulen por todos los Estados miembros, en beneficio de los ciudadanos, los inversores y las empresas. Acabar con la fragmentación a la que se encuentra sometida la actividad económica y garantizar el acceso a la financiación se consideran fundamentales para aumentar la prosperidad de Europa. Pero no solo se presta atención al proyectado Reglamento, sino también a otras materias conexas y esenciales en la configuración de cualquier operación que suponga una cesión de créditos transfronteriza. Así, se analiza con detalle la relación entre el cedente y el cesionario, además de la posición del deudor cedido. Se aporta, asimismo, una visión práctica de los aspectos a considerar en una operación que lleve aparejada este tipo de financiación. Sin que se olvide el tratamiento del Derecho interregional, que en España debe ser tenido en cuenta por la existencia de alguna legislación autonómica que impacta en la normativa sobre las cesiones de créditos y que coexiste con la legislación estatal, dando lugar a una confluencia de normas que debe ser resuelta de manera adecuada.

Después de la introducción aparece un estudio imprescindible para entender la figura principal sobre la que pivota la obra. Se trata de un trabajo titulado “El futuro reglamento sobre ley aplicable a la eficacia frente a terceros: aspectos generales”, que se realiza por los Profesores Garcimartín Alférez y Heredia Cervantes en coautoría. Lo más inmediato que aclaran ambos autores es la existencia de normativa europea de Derecho internacional privado para resolver los conflictos de leyes en las cesiones internacionales de créditos en el seno del Reglamento Roma I. Así, según el artículo 14, en su apartado 1º, las relaciones entre el cedente y el cesionario quedan sujetas a la ley aplicable al contrato del que trae causa la cesión; mientras que, en su apartado 2º, se somete el estatuto del deudor cedido a la ley aplicable al crédito objeto de la cesión. Pero los aspectos reales de las cesiones de créditos quedan fuera de la normativa europea, razón por la cual resulta más que necesaria la adopción del futuro Reglamento. Para entender el contenido de este último se ofrece un análisis de los aspectos más importantes que comprende, tales como el ámbito de aplicación, la solución general y las excepciones, así como los problemas de aplicación. No cabe duda de la utilidad teórica y práctica de este primer trabajo, pues sienta las bases de los análisis más particulares que se desarrollan después y permite contar con los elementos fundamentales para entender el futuro Reglamento.

La siguiente contribución lleva por nombre “la ley aplicable a los derechos reales sobre los créditos: la aplicación de la ley de la residencia habitual del cedente como norma general en la propuesta de Reglamento sobre ley aplicable a las cesiones internacionales de crédito” y es



obra de J. Erazo Robles. Se trata de un análisis centrado en un único aspecto de la propuesta de Reglamento, que pone el foco en la residencia habitual del cedente como norma general para determinar la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de crédito. El autor plantea problemas de enjundia y calado que se resuelven magistralmente, aportando ejemplos para ilustrar las diferentes situaciones que se analizan sobre el particular. Entre otros, se alude a las dificultades que puede plantear la concreción del cedente en los contratos sucesivos, la petrificación de la ley designada aplicable y sus excepciones, así como las distintas situaciones en que deviene necesaria una oportuna averiguación de la residencia habitual del cedente cuando se inicie un procedimiento judicial de colisión de derechos.

A continuación, el Profesor Heredia Cervantes es autor de un trabajo titulado “Aspectos jurídico-reales de las titulizaciones internacionales. El modelo del futuro Reglamento sobre ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos”, que pone el acento en las operaciones destinadas a la obtención de financiación a un bajo coste, mediante la conversión de unos activos que carecían de liquidez, en valores líquidos susceptibles de ser colocados en los mercados de capitales. Para estas situaciones, el futuro Reglamento incluirá una regla específica, que dará entrada a la autonomía conflictual. En efecto, para las cesiones realizadas en el seno de una titulización, el cedente y el cesionario pueden elegir entre la ley de la residencia habitual del cedente o la ley aplicable a los créditos cedidos. Con gran claridad, redacción impecable y exactitud en las explicaciones se ofrecen comentarios sobre los problemas que plantea la ley del cedente en las operaciones de titulización y se justifica, con ejemplos pormenorizados, la solución que se aplicará en tales circunstancias. También hay una colaboración, del Profesor Garcimartín Alférez, que lleva por título “Los instrumentos financieros en la propuesta de Reglamento sobre cesión de créditos: unos breves apuntes”, donde se hace referencia a otra regla específica contenida en el futuro Reglamento para los instrumentos financieros. La solución para estos casos es acudir no a la ley del país donde el cedente tenga su residencia habitual, sino a la misma ley que rijan el crédito objeto de cesión. Pero la aportación más relevante de este trabajo es aclarar el concepto sobre el que recae dicha regla específica y, por ende, delimitar con precisión el ámbito de aplicación material del futuro Reglamento.

Las tres contribuciones que se suceden a continuación prestan atención, una al conflicto móvil, la siguiente a los aspectos registrales, mientras que la última se centra en las relaciones entre cedente y cesionario. Resulta más que esclarecedora la explicación de la Profesora Elvira Benayas, que lleva por título “Ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos y conflicto móvil”, cuando se refiere a la solución que contiene el futuro Reglamento para determinar la ley aplicable si hay un cambio en la residencia habitual del cedente entre dos cesiones de un mismo crédito. La posibilidad de aplicar a cada una de ellas una ley distinta establecida conforme al lugar en el que en cada momento el cedente tenga su residencia, se ha resuelto con una regla de prioridad entre ambas cesiones. Como consecuencia, se plantean dudas sobre la naturaleza de la norma y la competencia o no de la Comisión para poder regularlo conforme a lo previsto en el art. 81 del TFUE, lo que se relata de manera admirable en esta parte de la obra. Sobre los aspectos registrales se pronuncia el Registrador de la Propiedad Arnaiz Ramos, con su trabajo titulado “Aspectos registrales de la regulación contenida en la Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo Europeo sobre ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones de créditos publicada con fecha 28 de mayo de 2021”, que

se puede catalogar de pertinente y necesario. No en vano delimita las situaciones de tercería a las que se refiere la propuesta de Reglamento y precisa las reglas contenidas en la propuesta de Reglamento respecto de la cesión de créditos con garantía real inmobiliaria o mobiliaria inscrita en un registro público. Por lo que respecta al análisis de las relaciones entre cedente y cesionario, hay que tener en cuenta la contribución de la Profesora García Gutiérrez que, en su trabajo titulado “La ley aplicable a las relaciones entre cedente y cesionario en la cesión internacional de créditos”, aborda este asunto de forma acertada y rigurosa. La aportación que se realiza parte de la STJUE de 9 de octubre de 2019, en el asunto C-548/18, que aclaró la no aplicación del RRI para determinar la oponibilidad frente a terceros de la cesión, en caso de cesiones múltiples, lo que dejaba fuera los aspectos jurídico-reales de la cesión. Además se resuelve el conflicto de leyes en las relaciones entre cedente y cesionario, cuando haya elemento extranjero en la cesión de créditos considerada. En concreto, se acude al RRI para estos casos, con el juego de la regla general del art. 3 y las soluciones subsidiarias del art. 4.

Mención especial merece la contribución del Profesor Paredes Pérez, que se titula “Cesiones de créditos y conflictos de leyes internos”, en la que se tratan aspectos de Derecho interregional. Arranca el autor de manera metódica y concienzuda con las materias sobre las que puede existir plurilegislación, al mismo tiempo que señala las de competencia exclusiva del legislador estatal donde no se generaría heterogeneidad. La base jurídica sobre la que se sustenta la existencia de normativa foral o especial diferente a la común se encuentra en el art. 149.1.8 de la CE. Pero solo se deja legislar a las CCAA que a la entrada en vigor de la CE tuvieran un Derecho civil propio, que podrán conservar, modificar o desarrollar. Sin que en ningún caso puedan transgredir las bases de las obligaciones contractuales, pues se considera una reserva competencial en favor del legislador estatal. Por lo tanto, deslindar si las respectivas CCAA se han excedido o no de su respectiva competencia legislativa, cuando han adoptado legislación civil autonómica en materia de cesión de créditos, resulta oportuno y acertado. Realiza el autor un repaso más que exhaustivo de las diferentes normas existentes en los territorios donde se ha regulado la notificación de titulaciones de préstamos hipotecarios y el retracto del crédito cedido, para llegar a la conclusión de la constitucionalidad de algunas de ellas o lo contrario. Con todo, la solución de los conflictos de leyes internos en el sistema español se basa en el principio de identidad de soluciones, es decir, en sujetarlos a las mismas normas que rigen los internacionales. De tal forma que la ley aplicable a la relación entre el cedente y el cesionario derivada de un contrato vendría determinada por el art. 10.5 del CC, mientras que la eficacia de la cesión frente al deudor y los terceros quedaría sujeta al art. 17.3 RDL 5/2005. Aunque también se plantea en el trabajo las soluciones a las que se llegaría de ser aplicables los Reglamentos de la UE a los conflictos internos, lo que requeriría de la autorización expresa por parte del Estado español, sin que se haya producido hasta la fecha. En definitiva, se trata de un trabajo interesante y con una factura encomiable, que resuelve los aspectos relativos al ius en las cesiones de crédito que se conecten con la legislación civil común o las forales correspondientes.

Sobre los efectos de la sumisión expresa en sujetos distintos a las partes que originariamente alcanzaron dicho acuerdo jurisdiccional encontramos la contribución de la Profesora Fach Gómez, titulada “Alcance subjetivo de los Acuerdos de elección de foro ex artículo 25 del reglamento Bruselas I bis: algunas reflexiones aplicables a la cesión internacional de créditos” y

en la que se atiende al fórum en el tráfico jurídico externo. La principal conclusión que puede extraerse, de este más que meritorio trabajo, es que el ejercicio de la autonomía de la voluntad jurisdiccional sí que puede afectar a terceros. Para justificarlo convenientemente se aportan los comentarios de la doctrina, pero lo más importante es que se recurre a la jurisprudencia del TJUE. Por lo tanto, con los contenidos de las sentencias se ilustra muy atinadamente las situaciones fácticas que sobrevinieron en cada momento y las respuestas jurídicas que se les fueron dando según las circunstancias. Tres requisitos se desprenden de todas ellas para dar validez a la sumisión expresa respecto de terceros, a saber, primero, que la cláusula sea material y formalmente válida para las partes originarias del acuerdo de sumisión; segundo, que el tercero haya sucedido en sus derechos y obligaciones a una de las partes originarias del contrato y, último, que el tercero haya otorgado consentimiento válido al acuerdo de sumisión. Aunque la relación entre estos tres requisitos se percibe de formas diversas (relación de cumulatividad, subsidiariedad o alternatividad), lo que genera incertidumbre. Pero en una reciente sentencia del TJUE, en el asunto C-519/19, parece deducirse para la cesión de créditos que el cesionario quedará vinculado por un pacto de sumisión, si se constata la sucesión de este último en los derechos y obligaciones del cedente en el contrato original y además ha dado su consentimiento efectivo.

Las relaciones entre el procedimiento concursal y las transmisiones en la titularidad de una deuda son objeto de atención por la Profesora Caro Gándara, en el trabajo bautizado “Insolvencia del cedente y derecho del cesionario en las cesiones internacionales de crédito”, que ahonda en la función de garantía de los derechos reales en el tráfico jurídico. A tal efecto, el derecho garantizado por la cesión de un crédito a título de garantía no va a quedar afectado por el procedimiento de insolvencia cuando se hubiera constituido en un Estado miembro distinto del que conoce del concurso. Para entender esta regla especial hay que remitirse al art. 8 del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, que, según la autora con la que coincidimos, evita la vulneración de los derechos adquiridos conforme a otras leyes y protege las expectativas de terceros. Además, con este tipo de privilegios se facilitan las cosas en los procedimientos colectivos, que suelen ser muy complejos y costosos desde el punto de vista de su administración. Pero al variar las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones internacionales de crédito, la propuesta de Reglamento que regula esto mismo allanará la cuestión. La perspectiva eminentemente dogmática de este estudio debe ponerse en valor, por la incidencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre los créditos contra el deudor y su rango o posición en el concurso. Por lo tanto, favorecer que las garantías reales desplieguen todos sus efectos asegurará a su titular el cobro de su crédito frente al resto de los acreedores.

La última contribución es la realizada por el socio de Garrigues González-Gallarza Granizo que, rotulada “Cuestiones prácticas en las cesiones internacionales de créditos”, se adentra en la realidad de un abogado que ejerce el derecho de los negocios en este tipo de operaciones tan frecuentes en la actividad mercantil. En consecuencia, lo primero que se hace es poner de manifiesto la importancia de saber cuándo el adquirente de la propiedad o un derecho real de garantía sobre un bien o derecho lo adquiere plenamente para integrarlo en su patrimonio y resistirse, así, a las pretensiones de terceros. Después, hay comentarios sobre las dificultades que presentan las operaciones de movilización de créditos a la hora de determinar las reglas

sobre su circulación, en tanto que deben disciplinar su plena adquisición y la eficacia de las garantías que se constituyan sobre ellos. Llegados hasta aquí se identifican hasta tres posibles reglas aplicables, a saber, la que pivota sobre la forma de documentar el negocio traslativo, la que se basa en la comunicación de la cesión al deudor cedido y la que requiere que la cesión o la prenda se inscriban en algún registro público. Pero es en el factoring internacional, que se pone como ejemplo, donde se ilustran los problemas prácticos que se pueden suscitar a este respecto. Así, los riesgos que el banco o factor puede llegar a asumir, ante la falta de eficacia frente a terceros de las operaciones, se cifran en la posibilidad de embargos preferentes sobre el título del cesionario si la cesión no es eficaz, en la cesión del mismo crédito a otro banco o factor por error o fraude e, incluso, en el concurso posterior del cedente que deje al banco cesionario con un mero crédito ordinario. Situaciones todas ellas que la propuesta de Reglamento quiere solucionar, al fijar una única ley para regular la eficacia real de la cesión. Aunque el factoring no será la única operación beneficiada por la futura norma de la UE, pues se alude en el trabajo a otras muchas, tales como las ventas de carteras de créditos bancarios dudosos o morosos (NPLs) o las ventas de créditos litigiosos, entre otros. En definitiva, interesantes y útiles reflexiones que sirven de colofón a una más que indispensable obra, que acomete el estudio teórico y práctico de una materia medular, cual es, las cesiones internacionales de créditos, para la actividad comercial contemporánea. Tanto los académicos, como los profesionales del derecho y cualquier operador jurídico se podrán beneficiar del contenido de este trabajo cuando intervengan en este sector, por lo que su lectura deviene inexcusable.

**Lidia Moreno Blesa**  
**Universidad Complutense de Madrid**

**HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, D., *El nuevo orden regional en Oriente Medio*, Editorial COLEX, Colección Geopolítica y Globalización de los Conflictos, A Coruña, 2023, 198 pp.**

Oriente Medio es una región inmersa en profundos cambios a nivel político, económico y social que tienen un considerable impacto en la estabilidad regional y en las relaciones internacionales. Su tratamiento no debe realizarse como si la región fuese un todo homogéneo, sino que ha de analizarse desde la heterogeneidad que la caracteriza, donde cada nación y cada pueblo posee unas peculiaridades que han de ser comprendidas para poder obtener un conocimiento preciso de su realidad.

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, Oriente Medio ha sido protagonista de las dinámicas internacionales más destacadas en la esfera internacional. La creación del Estado de Israel y los sucesivos conflictos derivados, el proceso de descolonización, el surgimiento del panarabismo, la dependencia mundial de los hidrocarburos que quedó constatada con la crisis del petróleo de 1973, la revolución de los Ayatolás en Irán contra el régimen del sha de Persia, la guerra entre Irak e Irán, por citar solo algunos ejemplos, dan muestra de la importancia de Oriente Medio para la estabilidad global durante el periodo de la Guerra Fría. La nueva etapa post bipolaridad se inaugura con la invasión de Kuwait por parte del ejército iraquí de Sadam Husein desencadenando una intervención militar autorizada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El cronificado conflicto entre los palestinos e israelíes, los movimientos antiautoritarismos de 2011 y 2019 y las guerras de Siria y Yemen son muestras de cómo la región continúa ocupando un lugar destacado en las agendas internacionales.

Los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 añaden tensión a las dinámicas regionales. La reacción del *hegemon* norteamericano, primero invadiendo Afganistán en 2001—vecino regional— y después Irak en 2003, su marcada animadversión contra el régimen de Irán y el ascenso de otras potencias como China y Rusia ha devenido en el cuestionamiento del liderazgo de los Estados Unidos y de los aliados occidentales en Oriente Medio. Además, las propias dinámicas internas —guerras, movimientos antiautoritarios, acciones contrarrevolución, actores contestatarios, desigualdad...— influyen directamente en los cambios que se están produciendo en un área geográfica tan extensa, como fundamental para la estabilidad mundial.

El libro *El nuevo orden regional en Oriente Medio* escrito por David Hernández Martínez y publicado por la editorial Colex en 2023 realiza un análisis exhaustivo y riguroso de los principales hitos acontecidos en la región en las últimas décadas. La obra se divide en tres partes diferenciadas pero relacionadas entre sí. La primera parte se centra en la situación de Oriente Medio en el siglo XXI, en la cual se analiza la importancia estratégica de la región en un contexto de crisis de orden (liberal) mundial. La segunda parte del libro se dedica a las fracturas internas que determinan los cambios políticos, económicos y sociales en los que se encuentra inmerso Oriente Medio. Estas fracturas son la ruptura del contrato social resultado de los movimientos antiautoritarios de 2011 y 2019; la fractura de los marcos políticos y de seguridad; las guerras *intra* regionales, como son las de Siria, Yemen y el cronificado conflicto entre palestinos e israelíes; y diversos focos de tensión como son la lucha por el control del Golfo Pérsico, la inestabilidad de Irak y el Líbano y la cuestión kurda. La tercera, y última parte del libro, se centra en la lucha por el poder en Oriente Medio haciendo especial énfasis

en los movimientos revolucionarios y contrarrevolucionarios, las alianzas y rivalidades existentes y el rol que juegan las potencias extranjeras en el devenir de la región.

En Oriente Medio se han producido dinámicas *intra* regionales que reclaman un nuevo contrato social. En este sentido, uno de los elementos destacados es el distanciamiento entre gobernados y gobernantes apreciándose un mayor protagonismo de los actores no estatales que cuestionan el *statu quo* y reclaman un mayor peso de la sociedad en el sistema político. Las revueltas antiautoritarias de 2011 y 2019 suponen “una equivocada percepción de inviolabilidad que generó estar tanto tiempo en el poder” (p. 55). Una falsa confianza de que los mecanismos coercitivos del Estado eran capaces de contener cualquier protesta, como ya había ocurrido en épocas pasadas. De esta fractura han surgido conflictos que han condicionado la estabilidad de algunos países como, por ejemplo, Siria y Yemen y, en otros casos, ha supuesto una reacción autoritaria de las élites políticas como fue en Egipto.

Resulta muy interesante el análisis que realiza el autor sobre el *neopatrimonialismo* del Estado como respuesta a las acciones antiautoritarias impulsadas desde la sociedad civil. Los bloques contrarrevolucionarios defensores del *statu quo* pretenden contener cualquier acción de cambio y preservar una cierta estabilidad interna. Según el autor, los regímenes de Oriente Medio, independientemente de si son repúblicas o monarquías, han respondido a las demandas de cambio provenientes de la sociedad civil de tres formas diferentes: a) a través de la aplicación de nuevas formas de represión; b) con la llegada al poder de nuevos líderes que tratan de encarnar unas aspiraciones de cambio, pero estos siempre deben de emanar desde la élite política; y c) la reactivación de un discurso nacionalista e identitario que intenta asociar al líder con la estabilidad y seguridad (p. 106). Sin embargo, ante la ausencia de un liderazgo regional claro, no existe un consenso sobre como atender de forma coordinada los problemas que se derivan de la ruptura de los lazos entre gobernantes y gobernados.

En línea paralela a estos acontecimientos se produce una ruptura de los marcos políticos y de seguridad: la invasión de Irak en 2003, el cronificado conflicto entre palestinos e israelíes, el programa nuclear de Irán, las guerras de Siria y Yemen, la tensión entre Arabia Saudí e Irán –reducida desde 2023–, las ambiciones de Turquía, etc., son ejemplos de que la región se encuentra en constante movimiento y no precisamente hacia una estabilidad. De esta situación cambiante emergen nuevas alianzas y rivalidades en el interior de la región. A modo de ejemplo, la emergencia de monarquías, como Qatar y Emiratos Árabes Unidos (EAU), han supuesto un cambio en la balanza de las alianzas clásicas. La llegada al trono de Tamin bin Al Thani supone que cuatro Estados impongan un bloqueo a Qatar: Egipto, Bahreín, EAU y Arabia Saudí, que se prolongó hasta inicios de 2021 (p. 123). De otro lado, Doha contó con el apoyo de Turquía e Irán principalmente.

En el escenario de las rivalidades destaca la que mantienen Irán y Arabia Saudí por el liderazgo regional y por asumir una mayor relevancia en el escenario internacional. Ambos Estados vinculan la estabilidad interna y el porvenir de sus regímenes con su proyección hacia el exterior. La *guerra fría de Oriente Medio* (p. 132) supone la preeminencia de dos grandes potencias regionales, que destacan sobre el resto de los actores locales, que actúan para convertirse en el actor líder regional y en atraer la atención y el apoyo de las potencias internacionales. El acuerdo que se llegó entre ambos Estados en 2023 muestra una nueva tendencia que viene

marcada, también, por el acercamiento diplomático y económicos de los regímenes árabes a Israel.

La reformulación del liderazgo de los Estados Unidos y los países occidentales –sobre todo Francia y Reino Unido–, junto a la contestación de polos como Rusia y/o China presenta a la región una ventana de oportunidad. En este sentido, la mayoría de los países reclaman una mayor autonomía para resolver sus asuntos internos sin interferencia de potencias extranjeras. Estados Unidos tuvo un protagonismo hegemónico en la región durante seis décadas, pero en los últimos años China y Rusia están asumiendo un protagonismo en el entorno, aunque su rol no alcanza la dominación de Norteamérica y Occidente del siglo XX.

Por último, y no por ello menos importante, la cuestión de Palestina e Israel es un asunto enquistado en las raíces más profundas de la región y que va adquiriendo elementos que dificulta, cada vez más, una correcta resolución. Los intereses palestinos han quedado relegados a un plano secundario dentro de las agendas de los países árabes, pero, en cambio, Israel ha conseguido mantener su posición de dominación y colonización, aunque sea en contra del Derecho internacional y de la ética humanitaria. La ausencia de un análisis profundo de la última fase de la invasión de la Franja de Gaza se debe a que esta obra fue concluida nada más producirse el ataque de Hamas. Sin embargo, a lo largo de sus páginas se vislumbra como Israel ha ido tejiendo una red de alianzas con algunos países árabes que le permiten desarrollar acciones militares sin ambages en los Territorios Ocupados.

En definitiva, Oriente Medio es un espacio donde se están produciendo profundas transformaciones. Como señala el autor “La región se adentra en un periodo difícil de precisar, pero que deja entrever una redistribución distinta del poder y, por tanto, una jerarquización muy diferente de las relaciones internacionales en la zona” (p. 177). *El nuevo orden regional en Oriente Medio* es un trabajo riguroso donde se vislumbra de forma escrupulosa los cambios más importantes en la dinámica regional como son la ruptura de los tradicionales marcos de seguridad, el aumento de la brecha entre gobernantes y gobernados, el desigual crecimiento económico y de desarrollo, las nuevas rivalidades y alianzas y el juego de las potencias internacionales en el tablero regional.

Una obra necesaria e imprescindible para académicos, estudiantes, periodistas y profesionales interesados por el futuro de Oriente Medio. Sin duda, el rigor científico con el que se escriben sus páginas demuestra un exhaustivo trabajo de investigación que se traduce en una obra de fácil lectura y comprensión destacando no solo por su necesidad e imprescindibilidad, sino también por su profundo impacto en diversas esferas del conocimiento, fundamentalmente desde las Relaciones Internacionales.

**José Miguel Calvillo Cisneros**  
**Universidad Complutense de Madrid**





**JANER TORRENS, J.D., *Conflictos territoriales y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2023, 181 pp.**

Esta monografía trata las distintas cuestiones relativas a la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH ligadas a la existencia de un conflicto territorial, que no han sido pocos en las últimas décadas en el espacio judicial y extrajudicial del Convenio. Recordemos en este sentido que bien avanzado el siglo XXI existen en el continente europeo distintos conflictos territoriales congelados que han implicado la aparición en Estados Parte del CEDH de regímenes de facto (Norte de Chipre, Transnistria, Nagorno Karabaj, Osetia del Sur, Absajia o la región del Donbass) cuya existencia depende directamente del apoyo militar y económico de otro Estado que también es Parte del CEDH. La mayoría de estas entidades secesionistas no reconocidas internacionalmente subsisten a día de hoy, lo cual hace que este trabajo aborde un tema de candente actualidad.

Con el objetivo de esclarecer la aplicación del CEDH en estos conflictos, el Profesor Janer Torrens divide su estudio en cinco capítulos. El primero lo dedica a analizar la configuración y el papel que tienen los regímenes de facto que han surgido en los territorios en conflicto en relación con la tutela de los derechos reconocidos en el Convenio. El segundo capítulo se centra en el análisis de las distintas cuestiones vinculadas a la jurisdicción de iure y de facto que ejercen los Estados inmersos en un conflicto territorial, lo cual le lleva a estudiar aspectos ligados a la jurisdicción extraterritorial y las reglas de atribución del hecho ilícito. El tercer capítulo aborda la construcción jurisprudencial relativa a las obligaciones positivas del Estado territorial, que ve limitada su plena jurisdicción sobre la totalidad de su territorio como resultado de un conflicto de estas características como vía para tutelar los derechos de los particulares en estas situaciones; mientras que el capítulo cuarto se centra en el importante auge de las demandas interestatales ligadas a situaciones de conflicto territorial que se han presentado ante el TEDH, las cuales coexisten con un elevadísimo número de demandas individuales. Finalmente, el autor dedica el quinto capítulo a la problemática ligada a la falta de ejecución en tiempo y forma de los fallos que resuelven violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio en situaciones de conflicto territorial, abordando específicamente la situación de Rusia, principal Estado involucrado directamente en algunos de los conflictos territoriales actualmente existentes en el continente europeo, al haber dejado de ser parte del CEDH desde el pasado 16 de septiembre de 2022. El autor aborda todos estos problemas jurídicos con la exposición de una abundante jurisprudencia del TEDH, lo cual ayuda a comprender la complejidad de las cuestiones tratadas, aunque se echa en falta un índice al final de la obra de todos los asuntos tratados, así como unas conclusiones.

Lejos de evadir las cuestiones más complejas y espinosas insertas en esta ambigua jurisprudencia, el autor trata de afrontarlas con valentía, a veces, incluso comparándolas con las soluciones dadas por otras jurisdicciones internacionales. En este sentido, el Profesor Janer es consciente de que los conceptos de responsabilidad y jurisdicción están muy relacionados en la jurisprudencia del TEDH, aunque son diferentes y, en ocasiones, han sido confundidos por los mismos Estados y también por el TEDH en los distintos asuntos que se le han planteado relacionados con la existencia de conflictos territoriales (p. 93). Sin embargo, en su exposición no parece estar muy clara esta diferenciación. Por ejemplo, cuando asume que el concepto

de jurisdicción es la noción empleada para *atribuir* hechos a un Estado parte (p. 62) o cuando afirma que el control efectivo condiciona directamente la “atribuibilidad” a un Estado de las violaciones de los Derechos humanos llevadas a cabo más allá de sus fronteras (p. 66) o cuando expone el criterio del control y su evolución en la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, el epígrafe 4 del Capítulo II, titulado los criterios de atribución a un Estado de las actuaciones de las autoridades de facto, da a entender que va a hablar de atribución del hecho internacionalmente ilícito en el marco de la responsabilidad de los Estados Parte, intención confirmada por la exposición de los asuntos Nicaragua, de la Corte Internacional de Justicia (CIJ); o Tadic, de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIEY); así como la posterior aclaración por la CIJ en el asunto del genocidio bosnio en cuando al criterio del control efectivo *versus* control general y la inadecuación de este último en materia de responsabilidad internacional. Sin embargo, cuando llega la hora de exponer el estándar de control establecido por el TEDH en materia de responsabilidad internacional parece existir una mezcla con el criterio del control efectivo de un territorio a efectos de la aplicación del artículo 1 CEDH (p. 86), es decir, con el concepto de jurisdicción. Esta impresión se ve confirmada por la exposición en este hilo del asunto Behrami / Francia, asignándole el criterio del control efectivo y señalando que el TEDH inadmitió la demanda porque desde la adopción de la Resolución 1244 por el Consejo de Seguridad, Serbia había dejado de ejercer un control efectivo sobre Kosovo y, por tanto, jurisdicción sobre el territorio; cuando, en realidad, el criterio en materia de responsabilidad en dicho asunto fue el control general en última instancia que ejerció el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre los contingentes desplegados en Kosovo.

De tratarse de un lapso habría sido, sin duda, inducido por la errática jurisprudencia del TEDH, que ha introducido pasajes propios de la responsabilidad internacional en el marco del Derecho internacional general al hablar de jurisdicción del artículo 1 CEDH, por ejemplo, en los asuntos Loizidou o Ilascu, utilizando a menudo una imprecisa terminología al hablar de responsabilidad de los Estados Parte como si esta disposición del CEDH estableciera estos estándares. En el primero de estos asuntos el TEDH se ocupó de dos cuestiones distintas: (a) si, como resultado de la presencia de un gran número de tropas turcas en el norte de Chipre, esa parte de la República de Chipre estaba dentro de la “jurisdicción” extraterritorial de Turquía, y (b) si los actos y omisiones de las autoridades de la República Turca del Norte de Chipre (RTNC) eran atribuibles a Turquía y, por tanto, entrañaban su responsabilidad según el CEDH. Sin embargo, estas dos cuestiones no siempre se mantienen claramente separadas cuando el TEDH aprovecha el elemento del “control” para establecer tanto la jurisdicción extraterritorial como la atribución. Sin hacer ninguna referencia a los estándares aplicados por la CIJ, y sin dar ninguna explicación adicional, en el asunto Loizidou el TEDH desarrolló su propia prueba relevante para lo que denominó una administración local subordinada, una entidad secesionista que está bajo la autoridad efectiva, o, al menos, bajo la influencia decisiva de un poder exterior y que sobrevive en virtud del apoyo militar, económico, financiero y político que le brinda este poder exterior.

Por consiguiente, es sumamente difícil para cualquier observador comprender qué está declarando realmente el TEDH en estos asuntos, si considerando directamente responsables al Estado demandado de la conducta de actores no estatales (TRNC o Transnistria); o, más bien,

por su propia incapacidad para impedir dicha conducta por parte de terceros. Y cuando explícitamente se le han señalado las ambigüedades de su enfoque y su posible inconsistencia con los estándares de atribución establecidos por la CIJ y respaldados por la CDI en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado, como hizo, por ejemplo, el agente de Rusia en el asunto *Catán y otros / Moldavia y Rusia*, el TEDH se ha limitado a responder con un párrafo encomiable, aunque quimérico, que el Profesor Janer recoge (p. 91), según el cual, la prueba para establecer la existencia de “jurisdicción” conforme al artículo 1 CEDH nunca ha sido equiparada con la prueba para establecer la responsabilidad de un Estado por un hecho internacionalmente ilícito según el Derecho internacional general.

En realidad, el análisis de la atribución en el marco de la responsabilidad internacional quizás debería preceder el análisis de la jurisdicción. La jurisdicción del Estado según el artículo 1 CEDH es un concepto que plantea dos preguntas diferentes: ¿Ejerce un Estado Parte control efectivo sobre un área o territorio en el que se encuentra la víctima de la presunta violación de los derechos humanos (modelo espacial de jurisdicción) o a través de sus agentes ejerce autoridad y control sobre la víctima individual de la presunta violación de derechos humanos (modelo personal de jurisdicción)?

Aunque la atribución en materia de responsabilidad y la jurisdicción del artículo 1 CEDH pueden a veces utilizar una terminología similar, por ejemplo, la noción de control efectivo; en realidad, plantean preguntas diferentes. Si observamos esta cuestión a través del marco conceptual de la CDI, la atribución sería, como ha afirmado Milanovic, una cuestión bajo el Artículo 2(a) de los artículos de la CDI, mientras que la jurisdicción caería bajo el artículo 2(b).

El aparente problema es que en que en la gran mayoría de los asuntos ante el Tribunal de Estrasburgo la cuestión de la atribución no se plantea explícitamente por las partes, ni por el Tribunal; dado que, según los hechos del asunto, la respuesta a la cuestión de la atribución es obvia: la conducta que viola los derechos humanos procede generalmente de órganos de iure del Estado según el artículo 4 del proyecto de la CDI. Lógicamente la cuestión es algo más compleja cuando se trata de la atribución de la conducta de una entidad secesionista a un poder exterior con el fin de determinar su responsabilidad internacional, que de forma general abordan los artículos 4 a 8 y 11 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos, disposiciones que reflejan Derecho internacional consuetudinario. El Profesor Janer aborda esta cuestión en el Capítulo 2, poniendo de relieve que el TEDH parece no seguir lo dispuesto en el proyecto de la CDI, ni lo afirmado por otros tribunales internacionales como la CIJ o el TPIEY.

Ciertamente, como afirmó hace ya años el Profesor Koskeniemi, la prueba del control de las autoridades y fuerzas militares de entidades secesionistas se ha convertido en uno de los ejemplos más citados de fragmentación del Derecho internacional. Y ello porque cada una de las citadas jurisdicciones internacionales ha desarrollado y aplicado durante algún tiempo sus propios estándares para establecer si una entidad secesionista ha sido controlada por una potencia extranjera, generando mucha confusión alrededor de conceptos como “control efectivo”, “control general”, “control general efectivo”... Esta diferencia de criterios de atribución entre la CIJ, el TPIEY y el TEDH quizás se deba a una inexacta interpretación del asunto *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, fallado por la CIJ en 1986. Re-

cordemos que el grado de control que debe ejercer un Estado sobre una persona o un grupo de personas a efectos de la atribución de un ilícito internacional fue un aspecto central en este asunto como el autor de esta monografía acertadamente recoge (pp. 73 y ss.). La doctrina y las decisiones de otros tribunales internacionales, con escasas excepciones, extraen de este y otros asuntos de la CIJ que el criterio de atribución sería exclusivamente el control efectivo. Parece, sin embargo, que la CIJ se refirió más bien a dos estándares diferentes de control en los dos asuntos principales sobre el tema: Nicaragua, de una parte, y el genocidio bosnio, de otra; arrojando este último algo de luz sobre el primero. Según la CIJ, el control resulta de la dependencia o, desde otra perspectiva, la dependencia crea el potencial para el control. La dependencia y el control son, por tanto, dos caras de la misma moneda. Para la CIJ, la cuestión de la responsabilidad es una cuestión de grado, es decir, la responsabilidad de la entidad secesionista dependería del grado de dependencia del poder externo, que, a su vez, es indicativo del grado de control potencial del poder externo sobre la entidad secesionista, y del grado de control que el poder externo realmente ejerce sobre la entidad secesionista. La CIJ distinguió dos grados de control y de dependencia: control estricto basado en una dependencia total; y control efectivo en casos de dependencia parcial.

Llamada a decidir si un poder externo es responsable del hecho internacionalmente ilícito cometido por una entidad secesionista, la CIJ determinará primero si la entidad secesionista está o no bajo un control estricto por parte del poder exterior, es decir, si existe tanta dependencia y control del poder externo que será correcto equiparar a efectos jurídicos las autoridades de la entidad secesionista con un órgano de facto del poder externo que actúa en su nombre. En el asunto Nicaragua, la CIJ identificó tres requisitos de control estricto, que deben reunirse cumulativamente: En primer lugar, la entidad secesionista debe ser completamente dependiente del poder exterior. En segundo lugar, dicha dependencia completa debe extenderse a todos los ámbitos de actividad de la entidad secesionista. Y, por último, el poder exterior debe haber hecho uso en la práctica del potencial de control inherente a esa dependencia total, es decir, ejerció verdaderamente un grado de control particularmente alto.

En el marco de este criterio de atribución basado en el control estricto, todos los actos cometidos por las autoridades de la entidad secesionista en cuanto órganos de facto del poder exterior, incluso aquellos *ultra vires*, son, por tanto, atribuibles a ese poder exterior. La probabilidad de atribuir la conducta de una entidad secesionista a un poder exterior es, por tanto, mucho mayor si se supera esta prueba del control estricto. Sin embargo, como señaló la CIJ en el asunto del Genocidio bosnio, equiparar a personas o entidades con órganos del Estado cuando no tienen ese estatus según el derecho interno debe ser excepcional. La prueba requerida de la completa dependencia de la entidad secesionista, de un lado, y el consiguiente grado particularmente alto de control del poder exterior, de otro, será, en la mayoría de los casos, muy difícil, si no imposible, de demostrar.

Es por esta razón que la discusión normalmente se centra en el segundo criterio desarrollado por la CIJ: la prueba del control efectivo, un criterio de atribución subsidiario enmarcado en el artículo 8 de los artículos de la CDI. La CIJ sólo recurre a él cuando ha comprobado que no se cumplen los requisitos de la prueba de control estricto. La CIJ, por tanto, no utiliza la prueba del control efectivo para determinar si una persona o grupo de personas puede calificarse como órgano de facto de un Estado, sino que aplica este criterio en los casos en los que hay eviden-

cia de dependencia parcial de la entidad secesionista con el poder exterior. Esta dependencia parcial puede deducirse, entre otras cosas, de la prestación de asistencia financiera, apoyo logístico y militar, suministro de inteligencia y la selección y pago del liderazgo de la entidad secesionista por parte del poder exterior. La dependencia parcial también crea posibilidades de control, aunque por un tiempo más limitado que en situaciones de dependencia total. A diferencia de la completa dependencia, la dependencia parcial no permite al Tribunal tratar a las autoridades de la entidad secesionista como órganos de facto del poder exterior cuya conducta en su conjunto puede considerarse cometida por este último, sino que la responsabilidad debe establecerse caso por caso.

Por consiguiente, el objeto de control ya no es la entidad secesionista sino las actividades u operaciones que han dado lugar al hecho internacionalmente ilícito. Para atribuir la conducta internacionalmente ilícita de la entidad secesionista al poder exterior debe demostrarse que los órganos del poder exterior ejercieron control efectivo sobre cada operación o actividad particular en el curso de las cuales se llevó a cabo la conducta, sin que pueda confundirse control con simple apoyo. El control efectivo requiere que el poder exterior participe en la planificación de la operación, eligiendo objetivos, dando directivas e instrucciones específicas y proporcionando apoyo operativo. No basta con que el poder exterior ejerza un control general sobre la entidad secesionista, incluso en casos de un alto grado de dependencia de la entidad secesionista con el poder exterior.

Si bien la carga de la prueba para la prueba del control efectivo es menor que la prueba del control estricto, en la práctica sigue siendo extremadamente difícil establecer el ejercicio de un control efectivo por parte del poder exterior sobre operaciones individuales o actividades de la entidad secesionista. Esta podría ser la razón por la cual el TEDH no ha seguido a veces esta jurisprudencia de la CIJ, desarrollando en su lugar diferentes estándares con un menor grado de control, lo que le ha permitido atribuir más fácilmente los actos de entidades secesionistas a un poder exterior.

En este sentido, el criterio del control efectivo fue cuestionado por el TEDH en los asuntos *Behrami / Francia y Berić y otros / Bosnia y Herzegovina*, declarando su incompetencia *ratione personae* debido a la atribución de responsabilidad al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como consecuencia del control en última instancia que ejercía sobre las misiones en Kosovo o sobre el Alto Representante para Bosnia Herzegovina, atribución que fue bastante criticada por diferir del enfoque tradicional basado en el control efectivo. Sin embargo, unos años más tarde, en el asunto *Al Jeddá / Reino Unido*, basándose en las diferencias entre las Resoluciones del Consejo de Seguridad en Irak, de una parte, y en Kosovo, de otra; y, especialmente, dado el diferente cometido de Naciones Unidas con respecto a la seguridad en Irak en 2004; con respecto a su papel en Kosovo en 1999, el TEDH dictaminó que el Consejo de Seguridad no ejerció control efectivo, ni autoridad y control en última instancia sobre los actos y omisiones de las tropas dentro de la Fuerza Multinacional y, por tanto, la detención del demandante no podía atribuirse a Naciones Unidas.

Así pues, la posición del TEDH parece haber evolucionado, al incluir en sus últimos fallos el control efectivo como factor de atribución del hecho ilícito, admitiendo la posibilidad de atribuciones duales o múltiples. Se trata quizás de un ejemplo paradigmático de diálogo en-

tre tribunales porque que en este cambio de criterio es probable que incidiese el fallo de la CIJ en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, en el que se planteó si las actividades de limpieza étnica llevadas a cabo en Srebrenica por grupos militares y paramilitares de la República Serbia de Krajina eran, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 del proyecto de la CDI, atribuibles a la entonces denominada República Federal de Yugoslavia en la medida en que las autoridades de la República de Krajina y las distintas milicias paramilitares pudiesen considerarse órganos de facto de la República de Yugoslavia. La CIJ consideró que, al no poder probarse que los hechos atroces cometidos por estos grupos de particulares se hubiesen llevado a cabo mediante instrucciones, bajo la dirección o el control efectivo de las autoridades yugoslavas, no era posible atribuir estos hechos a la República Federal de Yugoslavia. Ante la falta de pruebas, el genocidio que se cometió en Srebrenica no respondía a instrucciones formuladas de forma específica en este sentido por parte de las autoridades yugoslavas y, de ahí, la imposibilidad de aplicar lo previsto en el artículo 8 de la CDI. En este fallo la CIJ puso de manifiesto que, frente al criterio del control efectivo que había formulado en el asunto Nicaragua, el TPIEY había establecido en el asunto Tadic el criterio del control general a efectos de atribuir a un Estado las actuaciones ilícitas llevadas a cabo por particulares que, formalmente, no eran órganos del Estado. En este segundo supuesto no era necesario probar que las operaciones en las cuales se había cometido un ilícito internacional se habían llevado a cabo bajo las instrucciones de las autoridades de un Estado o bajo su control efectivo. Pero lo importante es que la CIJ aclaró que el criterio del control general no era admisible en la medida en que ampliaba de forma excesiva el alcance de la responsabilidad del Estado.

Finalmente, un aspecto de la jurisprudencia que no queda desarrollado en detalle, aunque el autor lo cita al hilo de la exposición del asunto Hannan / Alemania (p. 65), es el relativo al alcance de la jurisdicción del TEDH en casos en los que se determina un nexo jurisdiccional por procedimientos penales o civiles iniciados (o que se deberían haber iniciado) en Estados Parte del CEDH y el concepto de “características especiales”, el cual supone una importante extensión potencial de la jurisdicción del TEDH por hechos ocurridos fuera del territorio de los Estados Parte. Se trataría de una base jurídica adicional que puede crear un vínculo jurisdiccional entre un Estado Parte y las víctimas fuera del espacio jurídico del CEDH, particularmente cuando se trata del deber procesal de investigar. Al sostener en el asunto Hannan que Alemania estaba obligada a investigar el ataque aéreo en Kunduz, la Gran Sala del TEDH se basó en esta prueba del vínculo jurisdiccional. La opinión mayoritaria se hizo eco de las preocupaciones expresadas por Alemania y los gobiernos intervinientes de que un vínculo jurisdiccional basado simplemente en la investigación puede tener un efecto paralizador en la iniciación de investigaciones a nivel nacional, lo que podría desalentar a los Estados Parte de llevarlas a cabo, dando como resultado una inconsistente aplicación del CEDH. Por lo tanto, para evitar ampliar excesivamente el ámbito de aplicación del Convenio, la mayoría recurrió a la prueba de las características especiales establecida en los asuntos Güzelyurtlu / Chipre y Turquía; Carter / Rusia y Romeo Castaño / Bélgica, en los que el TEDH sostuvo que incluso en los casos en que un Estado no inicia una investigación, el TEDH tendrá que determinar si existen “características especiales” que establezcan la jurisdicción, las cuales se determinarán caso por caso. En el asunto Hannan, el TEDH consideró que existían tres características especiales que establecían un vínculo jurisdiccional entre Hannan y Alemania: (a) el hecho de que

Alemania estaba obligada en virtud del Derecho internacional humanitario para investigar el ataque aéreo; (b) el hecho de que se impidiera a las autoridades afganas iniciar una investigación criminal (el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas de la ISAF implicaba que Alemania retenía la jurisdicción penal exclusiva sobre las tropas alemanas); y (c) el hecho de que las autoridades judiciales alemanas también estaban obligadas, según el derecho interno, a iniciar una investigación penal. La combinación de estas tres características especiales desencadenó la existencia de un vínculo jurisdiccional entre Alemania y las víctimas en Afganistán. Sin embargo, al recurrir a la fórmula de las ‘características especiales’ para inferir jurisdicción extraterritorial en situaciones complejas, especialmente cuando los Estados europeos participan en enfrentamientos armados fuera de sus fronteras, el TEDH no considera que deba definir *in abstracto* qué características especiales desencadenan la existencia de un vínculo jurisdiccional, sino que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, pudiendo variar considerablemente de un asunto a otro.

Es cierto, sin embargo, que, en lugar de un enfoque tan fragmentado, que corre el riesgo de socavar la credibilidad del TEDH, este tipo de asuntos podrían abordarse de manera más coherente como han propuesto varios votos particulares basándose en una prueba funcional para afirmar la competencia fuera del territorio del Estado demandado, competencia funcional que el autor de esta monografía aborda oportunamente en su investigación (pp. 69 y ss.) Por ejemplo, en el asunto Hannan, la jurisdicción de Alemania podría haberse establecido basándose en el hecho de que, a través de sus agentes estatales desplegados en Afganistán, Alemania estaba en posición (y tenía el poder con sus acciones de ejecución) de ejercer control directo sobre los hijos del demandante que falleció por el ataque aéreo de Kunduz.

Para terminar sólo nos queda decir que estamos ante una investigación bien documentada y muy oportuna en el tiempo. Lograr una buena sistematización en un ámbito bastante complejo, en el que la jurisprudencia del TEDH está empañada por una gran incertidumbre doctrinal y falta de coherencia interna, incorporando la mayoría de claves necesarias para hacer comprender mejor el tema central del trabajo no es fácil, aunque el Profesor Janer sale del envite de forma airosa. Por todo ello creo que nos encontramos ante una monografía a la que todo aquel que desee acercarse a los múltiples problemas jurídicos que plantean los conflictos territoriales en Europa y las fricciones con los derechos y libertades protegidos en el CEDH tendrá que recurrir sin duda alguna.

**José Manuel Cortés Martín**  
**Universidad Pablo de Olavide**





**JIMÉNEZ PINEDA, E, *La Unión Europea y la promoción de sus valores y objetivos a través de los acuerdos con terceros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 309 pp.**

Una lectura de las primeras páginas introductorias de la obra *La Unión Europea y la promoción de sus valores y objetivos a través de los acuerdos con terceros* ya pone de manifiesto que el autor, el profesor Eduardo Jiménez Pineda, es plenamente consciente de la relevancia de los valores europeos en ese contrato político-social que existe entre los pueblos y Estados miembros de la Unión Europea. El relato de la más reciente jurisprudencia del TJUE sobre la protección del Estado de Derecho en su vertiente interna –que recoge cómo los Estados miembros están sometidos incluso en el ejercicio de sus competencias soberanas no cedidas a la UE a un catálogo aceptado de valores comunes– es deliberadamente breve y conciso, sin duda porque una aproximación más exhaustiva merecería un trabajo independiente, tal y como prueban los estudios realizados en los últimos años por otros autores a raíz de las crisis del Estado de Derecho en Polonia y Hungría.

De este modo, el profesor Jiménez Pineda, a la vez que destaca la importancia de los valores de la UE en su vertiente interna, propone centrarse en un ámbito menos explorado pero sometido a cambios igualmente relevantes en los últimos años, como es la adaptación de los valores europeos a la acción exterior de esta organización. Hecha esta primera limitación, el profesor Jiménez Pineda estructura su obra en torno al método deductivo y a las tres partes que contiene su título –acuerdos, valores y objetivos–, pasando de los aspectos generales a los particulares: el capítulo primero es dedicado a la dimensión externa de la UE; el segundo, a las cláusulas de derechos humanos, democracia y respeto del Estado de Derecho en los tratados celebrados por la UE con terceros Estados; y, por último, en su capítulo tercero se tratan aspectos más concretos como son los de cooperación al desarrollo y protección del medio ambiente en la acción exterior de la UE.

El primero de los capítulos, de índole general, pone sobre la mesa los distintos aspectos competenciales e institucionales en la acción exterior de la UE. En el epígrafe dedicado a la subjetividad jurídica internacional de la UE y a sus competencias exteriores, el autor entra de lleno en la difícil clasificación de la UE bajo los parámetros del Derecho internacional público, siendo este un punto de debate clásico en la doctrina, revitalizado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Esto se debe, como señala Wessel, a que no sólo incluye su personalidad jurídica expresa en el artículo 47 TUE, sino que presenta una mayor ambición de gobernanza global con órganos como el Servicio Europeo de Acción Exterior, el fortalecimiento de su política exterior en aspectos como la seguridad o la defensa y el ejercicio de un poder cada vez mayor en el seno de otras organizaciones internacionales.

En este ámbito, y frente a autores de fuerte vocación politológica como Koopmans –que proponen aplicar a la UE un concepto amplio de “federalismo” que trate de conjugar el objetivo de unificación con el respeto al pluralismo–, o constitucionalistas como Lenaerts –que ven una “constitucionalidad funcional” en la naturaleza y funcionamiento de la UE–, el profesor Jiménez Pineda defiende convincentemente la vía tomada por la doctrina internacionalista española más autorizada, apostando por esa visión clásica de la UE como una organización internacional de integración con ciertas singularidades o con un carácter *sui generis*. Para el

autor, las singularidades más destacables de su subjetividad jurídica son su poder de celebración de tratados internacionales; su derecho de legación activo y pasivo; su participación en organizaciones y conferencias internacionales; su capacidad para ser sujeto activo y pasivo de la responsabilidad internacional; y su capacidad para adoptar sanciones internacionales.

De entre estas singularidades –y debido probablemente a la vinculación temática con el Derecho internacional público–, el autor pasa a centrarse en el *ius ad tractatum* de la UE. Tras una breve aproximación al concepto de “tratado” y una más que ilustrativa explicación de las causas por las que, aun teniendo un contenido casi idéntico, existe la Convención sobre el Derecho de los Tratados, de un lado, y la Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, de otro, el autor dedica a una sección a uno de los pronunciamientos clásicos del TJUE en materia de acción exterior: el Dictamen 2/2015. El análisis general de los aspectos principales de este pronunciamiento –y que no nos corresponde reproducir aquí–, lleva al autor a concluir que el equilibrio entre las competencias de la UE y sus Estados miembros en materia de Política Comercial Común se torna aún más compleja, y acepta de buen grado las propuestas de autores como Díez-Hochleitner Rodríguez o Segura Serrano sobre una reforma de los tratados que incluya todas las inversiones, incluidas las problemáticas de “cartera”, en el ámbito exclusivo de la Política Comercial Común.

Una vez fijada a través del Dictamen 2/2015 la entramada arquitectura competencial sobre la que se asienta el *ius ad tractatum* de la UE, el profesor Jiménez Pineda pasa a explicar el procedimiento de celebración de tratados internacionales de la UE, apuntando las similitudes en las distintas fases con los procedimientos propios de los Estados, así como las particularidades del control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales que realiza el TJUE. En cuanto a la recepción de los tratados internacionales concluidos por la UE, esta es tratada de forma concisa y clara por el autor, no faltando así las referencias jurisprudenciales que justifican su calificación como un sistema de recepción automática. Además, y aunque no se adentra en profundidad en el tema, adelanta la problemática de seguir empleando la teoría de la asimilación –la asimilación del valor jurídico de los actos de las organizaciones internacionales al de su propio tratado constitutivo– en el marco de una UE que participa cada vez más en otras organizaciones internacionales. El broche de este capítulo es tan discreto en su extensión como complejo en su naturaleza a los ojos de cualquier investigador, ya que recoge una propuesta de categorización de los tratados internacionales celebrados por la UE, centrándose posteriormente en aquellos que tienen un carácter comercial.

En el segundo capítulo, el autor comienza recordándonos uno de los rasgos que diferencian a los acuerdos comerciales de los acuerdos de asociación: su finalidad de fomentar los valores y principios de la UE. Y, tras una breve introducción de la importancia *ad intra* de los valores contemplados en el artículo 2 TUE, pasa a centrarse en su efecto *ad extra* en un primer apartado dedicado a los derechos humanos y a los principios democráticos, y en un segundo apartado sobre el Estado de Derecho.

En cuanto al primero de ellos, el profesor Jiménez Pineda nos recoge los antecedentes de las bien conocidas cláusulas de derechos humanos y democracia, presentes a partir de los acontecimientos en Uganda y Yugoslavia con la pretensión de ser “un método seguro, rápido y eficiente para suspender las relaciones comerciales con un tercer Estado”. Con este punto de

partida, el autor pasa a realizar una anatomía de las distintas fórmulas de salvaguardia según la generación de acuerdos en las que se formularon con un estudio no sólo ampliamente cuantitativo sino también cualitativo, ya que señala las diferencias y particularidades entre decenas de acuerdos pertenecientes a distintas décadas.

El análisis anterior le permite poner sobre la mesa –y, desde mi punto de vista, este es el gran valor añadido de este epígrafe– que, pese al objetivo innegablemente loable de estas cláusulas y su compleja arquitectura, su aplicación práctica es casi anecdótica, habiendo sido invocadas en tan solo doce ocasiones. El autor señala, además, que estas escasas aplicaciones tienen en común tanto su escaso impacto en los intereses económicos de los Estados miembros –mayormente contra países ACP– como su activación no por vulneraciones de los derechos humanos, sino por crisis democráticas. No obstante, y muy acertadamente, este epígrafe no se cierra con una fácil crítica negativa, sino con una serie de matizaciones a modo de justificación que tienen en cuenta la lógica de los intereses propios de la UE y sus Estados miembros, así como la imposibilidad de mantener una política de condicionalidad negativa completamente coherente e inflexible en un escenario internacional complejo y cambiante.

Como ya he adelantado, el autor dedica un epígrafe independiente a la protección del Estado de Derecho, justificando esta división en la necesidad de evitar la confusión habitual entre este valor y el sistema de garantía de derechos y libertades fundamentales. Una vez expuestos los elementos que se consideran básicos para la existencia de un Estado de Derecho por órganos como la Comisión de Venecia o la Comisión Europea –legalidad; seguridad jurídica; prohibición de la arbitrariedad de los poderes ejecutivos; la existencia de tribunales independientes e imparciales; la tutela judicial efectiva, incluido y el respeto de los derechos fundamentales; y la igualdad ante la ley–, el profesor Jiménez Pineda procede a estudiar las cláusulas de Estado de Derecho en los tratados con terceros siguiendo una metodología análoga a la empleada con las cláusulas sobre derechos humanos y democracia. Y, como no podía ser de otra manera, adelanta unas conclusiones casi análogas: su falta de activación por la confluencia de factores políticos como el principio de no intervención en los asuntos internos de terceros Estados, lo cual, como señala el propio autor, evidencia la contradicción con el propio objetivo de estas cláusulas, que es promover la protección del Estado de Derecho en terceros Estados. Por último, el estudio cualitativo de estas cláusulas le permite destacar una contradicción adicional: que, aunque el Estado de Derecho sea un valor imprescindible para la realización de los derechos humanos y la democracia, la presencia de esta cláusula como parte esencial en los tratados es muy inferior a las cláusulas dedicadas sólo a los derechos humanos y la democracia.

El tercer y último capítulo se dedica a los objetivos que justifican la propia existencia de la UE y, entre ellos, en dos de los objetivos presentes en las relaciones exteriores: la cooperación al desarrollo y la protección del medio ambiente. La cooperación al desarrollo ocupa la primera parte de este capítulo, y el autor justifica su elección principalmente por la posición bien conocida que tiene la UE –junto a sus Estados miembros– como primera potencia mundial en ayudas al desarrollo a terceros países. Una posición que no sólo busca hoy, como señala el autor, la erradicación de la pobreza, sino que también integra los Objetivos de Desarrollo Sostenible para un progreso económico, social y tecnológico “en armonía con la naturaleza”. Una postura que, como bien señala el profesor Jiménez Pineda, se topa con críticas de “proteccionismo encubierto” por los Estados emergentes, y que sirve para abrir una segunda sección dedicada

a la cooperación al desarrollo en los acuerdos con terceros países. Siguiendo la metodología capítulos anteriores, nos encontramos aquí con un exhaustivo análisis de la cooperación al desarrollo en multitud de tratados, lo que permite al autor destacar qué aspectos son introducidos con mayor énfasis por la UE según el país con el que se negocia, desde aspectos más básicos como el desarrollo rural, el control del abuso de drogas y el fomento del empleo a otros más avanzados como el desarrollo de redes de comunicación electrónica con los candidatos a la adhesión a la UE.

El último capítulo se cierra, como hemos indicado, con la protección del medio ambiente en los acuerdos de la UE con terceros países. Si la elección del objetivo de la cooperación al desarrollo era fundamentalmente económica –al ser la UE con sus Estados miembros los principales inversores–, la elección del autor de la protección del medio ambiente obedece al carácter estratégico de este objetivo y, sobre todo, al papel internacional que juega la UE como potencia normativa. El análisis de la acción exterior de la UE, tanto en foros multilaterales como en acuerdos bilaterales, pone de relieve el gran peso que la UE otorga a este objetivo, priorizándolos sobre otros, como la ya estudiada cooperación al desarrollo.

Los tres capítulos que forman la monografía escrita por el profesor Jiménez Pineda forman la base de unas consideraciones finales que constituyen, desde mi punto de vista, una valiosa y clarificadora síntesis de los aspectos más espinosos de la acción exterior de la UE en términos institucionales y sustantivos, poniendo además el foco en aspectos tan candentes en nuestros días como el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente. Se agradece, además, que a lo largo del trabajo el autor no repita las bien conocidas críticas contra la UE por no proteger suficientemente sus valores en las relaciones con terceros Estados –tan ciertas como fáciles de defender por quienes no tienen que ejecutarlas–, ni tampoco se contente con evangelizar esa imagen de la UE como potencia civilizadora o amable, sino que presenta propuestas realistas que tienen en cuenta tanto la importancia de los valores de la UE como los intereses que confluyen en una organización internacional compuesta por veintisiete Estados, y que no es sino uno de los múltiples actores presentes en el escenario global. La monografía que aquí he podido reseñar recoge así un sólido análisis con el que el autor demuestra ser consciente de que los intentos de protección de los valores de la UE mediante los instrumentos de acción exterior de la UE no tienen ni una sola causa ni una única consecuencia.

**Alejandro Sánchez Frías**  
**Universidad de Málaga**

**OANTA, G.A. (Dir.), *Los derechos humanos en el mar ante los desafíos de la transición ecológica y digital*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2023, 526 pp.**

Los mares y océanos representan uno de los principales ámbitos de interés de la Unión Europea a los efectos de conseguir el objetivo de la neutralidad climática que se ha marcado para el año 2050. La consecución de dicho propósito, sin duda ambicioso, plantea importantes desafíos considerando que, a este fenómeno, conocido como transición ecológica, se añade igualmente la denominada como transición digital. Ambas constituyen un reto notable para el proyecto de integración europea, el cual, en consonancia con los valores de la Unión a cuyo respeto ésta viene obligada constitucionalmente, debe ser abordado desde la perspectiva de las personas.

Con el título *Los derechos humanos en el mar ante los desafíos de la transición ecológica y digital*, la obra colectiva objeto de la presente reseña, dirigida y prologada por la profesora Gabriela Oanta, estudia esta doble transición ecológica y digital. En el núcleo de este proceso la Unión Europea sitúa a las personas, concibiéndola como “una gran oportunidad de cambio”, que, no obstante, plantea “numerosos desafíos para los espacios marítimos, que se ven, además, multiplicados y llegan a ser más complejos si cabe cuando a todo ello se vincula a las personas” (p. 27).

La obra reseñada se compone de dieciséis capítulos, escritos en español o en inglés, cuyos autores son reconocidos profesores de distintas universidades de España, Francia, Grecia e Italia. Además, en una muy acertada distribución sistemática, esta obra colectiva se estructura en torno a tres partes principales, aglutinando la primera de ellas, cinco trabajos relativos a *la transición ecológica y digital en el entorno marítimo*, la segunda, cinco contribuciones que versan sobre *los derechos humanos en el mar y la transición ecológica y digital* desde la perspectiva de los *espacios y recursos marinos*, y, en fin, la tercera, los seis últimos capítulos a propósito de *los derechos humanos en el mar y la transición ecológica y digital* prestando una especial atención a *las gentes del mar*.

Así, la primera parte de esta obra, dedicada a la transición ecológica y digital en el entorno marítimo, comienza con el capítulo sobre *el transporte marítimo y la transición ecológica y digital en el entorno marítimo de la Unión Europea*. En él, el profesor Sobrino Heredia, tras analizar el transporte marítimo frente a los desafíos que suponen las transiciones ecológica y digital, concluye muy acertadamente poniendo de manifiesto que la gestión sostenible e inteligente de éste y de los puertos constituyen una de las prioridades de la Unión en materia de descarbonización, sostenibilidad y digitalización. El autor afirma que su consecución aportará beneficios indudables al sector del transporte marítimo europeo, si bien necesitará de una financiación adecuada y, al mismo tiempo, hará que las gentes del mar se enfrenten a serias dificultades si el enfoque empleado no es inclusivo. Posteriormente, en el capítulo segundo, el profesor Stribis aborda el *cambio climático y la transición ecológica y digital en el medio ambiente marítimo de la Unión Europea*, considerando, entre otros aspectos, la economía azul y sus implicaciones para el medio ambiente marino, el transporte marítimo, las pesquerías, la biodiversidad, así como para la investigación científica marítima. Por su parte, la profesora Huici Sancho, en el capítulo tercero, estudia *el impacto del turismo en el entorno marítimo*

de la Unión Europea en un contexto de transición ecológica y digital; cuestión de indubitada actualidad, la incidencia del turismo costero en la sostenibilidad de la economía azul europea y sus transiciones es notable, disponiendo la Unión de distintos títulos competenciales en esta materia para contribuir con iniciativas novedosas encaminadas a diversificar la oferta de actividades, atraer mano de obra cualificada o gestionar apropiadamente los flujos turísticos. Más adelante, el interesante capítulo cuarto de esta obra, a cargo del profesor Mkrtichyan Minasyan, está dedicado a los *buques autónomos* y sus *retos y oportunidades en un contexto de transición ecológica y digital*. Como se puede advertir, se trata de un objeto de estudio muy novedoso para el Derecho Internacional del Mar que requiere de una contextualización de los buques autónomos, su regulación jurídica así como de sus retos y oportunidades, como enjundiosa y efectivamente realiza el profesor Mkrtichyan, para concluir que esta realidad en ciernes representa un desafío, no solo para la propia industria marítima, sino, desde la óptica jurídico-internacional, en lo atinente a la responsabilidad, para cuya resolución resulta conveniente la elaboración de un marco jurídico al respecto. Cierra esta primera parte de la obra la contribución de la profesora Ros concerniente a *la problemática de la privatización de los mares en un escenario de transición ecológica y digital*. A juicio de la profesora Ros, quien ha trabajado en profundidad esta temática, la privatización de los mares y océanos, de un lado, estaría justificada por esta doble transición tanto en los ámbitos medioambiental o energético como mediante la especialización funcional en el contexto de la economía azul. Del otro, estaría facilitada por esta doble transición en la medida en que propicia las estrategias enmarcadas en “una lógica de compensación” y las que garantizan los recursos estratégicos necesarios a su implementación.

La segunda parte de esta obra, que comprende los trabajos realizados en torno a *los derechos humanos en el mar y la transición ecológica y digital* con relación a *espacios y recursos marinos*, se inicia con el interesante capítulo a propósito del *acuerdo sobre subvenciones a la pesca de la Organización Mundial del Comercio, los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los desafíos de transición ecológica y digital de la Unión Europea*. En él, el profesor Teijo García, partiendo de la meta 14.6 de los ODS (que aspira a “prohibir ciertas formas de subvenciones a la pesca que contribuyen a la capacidad de pesca excesiva y la sobreexplotación pesquera, eliminar las subvenciones que contribuyen a la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada y abstenerse de introducir nuevas subvenciones de esa índole”), analiza pormenorizadamente los principales compromisos y déficits del Acuerdo sobre subvenciones a la pesca de la OMC y también los subsidios pesqueros a la luz de la transición ecológica y digital en la Unión Europea. Pues bien, dicho análisis conduce al autor a colegir que, aunque suponga un avance gradual, éste se debe observar escépticamente por cuanto carece de un régimen disciplinario sobre los subsidios vinculados a la sobrecapacidad y de disposiciones sobre trato especial y diferenciado para los Estados en desarrollo. Más adelante, la profesora Oanta, en el capítulo séptimo de la obra, pone nuevamente de manifiesto su condición de especialista en este sector del ordenamiento jurídico internacional al reflexionar sobre *la política pesquera común de la Unión Europea ante los desafíos de la transición ecológica y digital*. En él concluye, entre otras aportaciones relevantes, la necesidad de que otros actores pesqueros internacionales contribuyan igualmente al objetivo de la neutralidad climática, de manera que los operadores europeos sean capaces de competir en igualdad de condiciones con esos otros operadores menos limitados por las exigencias medioambientales. También relacionado con la pesca, el capítulo

octavo de la obra, a cargo de la profesora Bürgin, considera la *propuesta de la Comisión para prohibir en el mercado de la Unión Europea los productos obtenidos con trabajo forzoso, las reglas de la OMC y los retos de la transición ecológica y digital*. Esta interesante proposición de reglamento, explicada con claridad por la autora y que sería aplicable a los productos pesqueros y de acuicultura, debe, a su juicio, ser bienvenida como consecuencia del enfoque que adopta en atención al carácter extraordinariamente complejo y altamente internacionalizado de la cadena pesquera. Por su parte, en el capítulo noveno de la obra el profesor Soroeta Liceiras, a la luz de una *especial referencia al Sáhara Occidental*, examina los recursos marinos y derechos humanos en el marco de la *soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales*. En este orden de ideas, el autor considera fundamentalmente el recorrido judicial que han seguido los acuerdos pesqueros entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual ha declarado, fundadamente, que los mismos no son aplicables al Sahara Occidental, toda vez que ello contraviene normas imperativas de Derecho Internacional General. Asimismo, el capítulo que da cierre a esta segunda parte de la obra, a cargo del profesor Pavoni, versa sobre *el patrimonio cultural subacuático y los derechos humanos* y en él se señala el impacto creciente de los derechos humanos en la práctica reciente relativa a la interpretación y aplicación del Derecho Internacional que regula este tipo de patrimonio cultural.

Finalmente, la tercera y última parte de esta obra colectiva –articulada en torno a *los derechos humanos en el mar y la transición ecológica y digital: las gentes del mar*– comienza con el capítulo a propósito de *los derechos humanos en el mar en la década digital de la Unión Europea*, cuya autora es la profesora Díez Peralta y en el que apunta la necesidad de un cambio de paradigma en la política europea de control fronterizo de la inmigración que aspire a la regularización e inclusión de estos flujos migratorios como respuesta al invierno demográfico europeo. Posteriormente, en su trabajo sobre *personas y grupos vulnerables en el entorno marítimo ante los desafíos de la transición ecológica y digital de la Unión Europea*, la profesora Sánchez Ramos subraya las virtudes de esta doble transición para la protección de los grupos de personas vulnerables en los mares y océanos dado que, entre otros efectos positivos, la transición ecológica y digital contribuirá a la trazabilidad de las cadenas de valor redundando en el respeto de los derechos humanos. Más tarde, el profesor Schreinmoser, al hilo de *los derechos culturales de los pescadores y de las comunidades pesqueras frente a la transición ecológica*, destaca, en una aproximación equitativa, el impacto de la transición ecológica en el modo de vida de los pescadores y sostiene que, de conformidad con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, las minorías y las comunidades indígenas no deberían verse afectadas en su modo de vida tradicional por los cambios que introducirá esta doble transición. Por su parte, el profesor Carril Vázquez estudia *el trabajo marítimo-pesquero ante el desafío ecológico y digital*, cuestión que engarza con las *estrategias de responsabilidad social corporativa para alcanzar los objetivos de trabajo decente y pesca sostenible*, esta última abordada enjundiosamente por la profesora Carballo Piñeiro, quien afirma la relación consubstancial entre el trabajo digno en los buques y la pesca sostenible, a cuya mejora están coadyuvando los instrumentos adoptados en el marco de la Organización Internacional para la Alimentación y la Agricultura y, también, las nuevas estrategias encaminadas a reforzar la responsabilidad social corporativa. La obra colectiva concluye con el capítulo decimosexto, dedicado al *tráfico irregular de migrantes por vía marítima y la transición ecológica y digital*,

en el que la profesora Morgades Gil critica, en una línea similar a la profesora Díez Peralta, el enfoque centrado en la seguridad de la política migratoria europea y apuesta por un (complejo) equilibrio entre la lucha contra el tráfico irregular de migrantes, los intereses de los distintos Estados de la comunidad internacional y los derechos de las personas.

Pues bien, el conjunto de estos trabajos científicos que componen la presente obra colectiva, estructurados en una distribución sistemática propicia, representan una contribución relevante al estudio de los derechos humanos en el mar, en particular, desde la óptica de los desafíos actuales que constituyen la transición ecológica y digital. Confieso que, en mi opinión, realizar una recensión, esto es, comentar el trabajo de otros profesores, siempre se me antoja como una labor compleja, máxime cuando se trata de una obra colectiva en la que, además, participan especialistas tan reputados y admirados. No obstante, estoy convencido de que la obra reseñada, sobre un tema tan novedoso, interesante, específico y enormemente complejo, constituye una aportación valiosa, comprensiva y solvente a este objeto de estudio. Ojalá que, como en líneas generales sostienen los autores en una reflexión que comparto, la transición ecológica y digital contribuya a la mejor protección y salvaguarda de los derechos humanos en el mar.

**Eduardo Jiménez Pineda**  
**Universidad de Córdoba**



**PIGRAU SOLÉ, A. e IGLESIAS MÁRQUEZ, D., (Eds.), *Litigación en materia de empresa y derechos humanos: estudios de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 293 pp.**

Existen dos formas de adentrarse en el análisis de los impactos que tienen las actividades empresariales sobre las personas y el medio ambiente. La primera, desde el punto de vista de las víctimas y del acceso a justicia, nos lleva a analizar las vías de reparación de los daños causados por abusos de derechos humanos, reconocidos tanto a nivel interno e internacional, cometidos por las empresas en sus actividades transfronterizas, buscando la manera de orientar los instrumentos de Derecho procesal civil internacional hacia mecanismos de responsabilidad civil más eficaces. La segunda (en cierto modo en segundo lugar por mi carácter de internacional privatista) emana de las dificultades que encontramos en el análisis anterior a la hora de hacer responsables a las empresas (y Estados) y de alcanzar una reparación justa para las víctimas, y se centra en la progresiva instauración de normas sustantivas de diligencia debida que, con paso lento pero firme, van avanzando en la senda de la progresiva concienciación empresarial y de la paulatina instauración de políticas empresariales y de gobernanza más responsables.

Consideramos, sin lugar a dudas, que ambas perspectivas son complementarias –aunque la segunda a mi parecer se debe a las dificultades que presenta la primera– pero, sin embargo, en los últimos tiempos avanzan a distinto ritmo y, mientras la regulación de mecanismos de implementación de diligencia debida empresarial se ha incrementado poco a poco a todos los niveles, estatales, europeo e internacional, se sigue obviando el objetivo final, orientado a la efectiva reparación del daño causado, y apenas alude a mecanismos de responsabilidad y de reparación.

En este contexto el libro que presentamos nos recuerda la importancia de no olvidar este objetivo y la necesidad de avanzar y mejorar los instrumentos existentes en la actualidad en materia de litigación internacional en el ámbito empresa y derechos humanos, porque, aunque como dicen sus editores en el capítulo introductorio de la obra, los casos de reclamación de reparación de daños por impactos de los derechos humanos han aumentado exponencialmente y han ganado en visibilidad, apenas se ha avanzado en lo que a mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad de las empresas y reparar los daños de las víctimas respecta, y los altos grados de impunidad existentes son un reflejo de su ineficacia.

Este libro es una buena muestra de ello, en él, se hace un recorrido por una serie de litigios en materia de empresa y derechos humanos que refleja la variedad que presentan estos supuestos y la heterogeneidad de argumentos y fundamentos jurídicos que emplean las partes para alcanzar su objetivo, a la par que revela los obstáculos preexistentes y las enormes dificultades y trabas que caracteriza en la actualidad el acceso a justicia en materia de empresa y derechos humanos.

El libro se compone de 15 capítulos, cada uno de ellos (salvo el primero que es introductorio) se centra en un caso concreto y describe una determinada problemática procesal, enarbolando un exhaustivo recorrido compuesto por una exquisita selección de litigios que se han convertido en referentes en materia de empresa y derechos humanos, tanto en vías judiciales, como extrajudiciales.

Una de las cosas que debemos ensalzar del libro es que, además, ese recorrido se hace desde una visión multidisciplinar, gracias a la participación de autores iberoamericanos especialistas en la materia que la abordan desde distintas disciplinas, dotándole de una visión más completa.

A través del estudio de casos se indaga en distintas cuestiones que reflejan las dificultades de alcanzar la responsabilidad civil y penal de las empresas por violaciones de derechos humanos y conseguir una reparación efectiva de los daños. Cada capítulo se refiere a los antecedentes de los casos, a los aspectos sustantivos y procesales, a las posturas defendidas por ambas partes y a los avances y desafíos que representan en la consecución de una reparación efectiva de las víctimas. Todos nos develan una problemática distinta.

Tras un capítulo introductorio en el que se hace un recorrido por los antecedentes de los casos que presenta el libro a través de una aproximación a los problemas existentes y a la tendencia actual de la litigación internacional; en el Capítulo II se aborda la problemática empresa y derechos humanos en el marco de las controversias inversor– Estado en Colombia, a través del caso CIADI número ARB/16/41 entre *Eco Oro Mineral Corporation* y Colombia mediante el que se trae a debate los efectos de la protección ambiental frente a las normas de protección de inversión extranjera. Este supuesto se encuentra entre las diez disputas, según su autora, que se han producido en el sector de la minería, y el segundo caso contra Colombia que analiza el tema de los efectos de la protección ambiental enfrenta a las normas de protección de inversión extranjera. La decisión declara al Estado responsable por incumplimiento del estándar mínimo de trato, aunque se reconozca su derecho a regular, siendo uno de los puntos centrales en el régimen de solución de controversias inversor-Estado; y pone de manifiesto la prevalencia de una interpretación de la mayoría de los árbitros sometida a “lógicas antiguas” a pesar de que el Tratado de libre comercio entre Canadá y Colombia sea de los más “avanzados” y con acuerdos colaterales en materia de medioambiente y derechos humanos.

En el Capítulo III, se analiza la aplicación de la costumbre internacional a las empresas transnacionales a través del análisis del caso *Nevsun Resources LTD v. Araya*. En este supuesto, tres trabajadores de nacionalidad eritrea demandan en 2014 a la compañía canadiense indemnización por daños y perjuicios por la violación de las prohibiciones de trabajo forzoso, esclavitud, trato cruel e inhumano y crímenes contra la humanidad, en función de la actividad llevada a cabo por la empresa en una mina situada en Eritrea (Bisha) de la que la empresa es accionista mayoritario, invocando violación del derecho consuetudinario internacional y defendiendo una particular visión de la sumisión de la empresa o de las corporaciones al derecho consuetudinario internacional.

En el Capítulo IV se analiza en qué medida se puede aplicar la Ley del deber de vigilancia francesa en un supuesto de acaparamiento de tierras en Uganda y Tanzania con fines de explotación petrolífera. Se trata del caso *Les Amis de la Terre y otros c. TotalEnergies*, primer caso presentado ante la jurisdicción francesa que nos permite atender a la implementación de la pionera norma. El Capítulo V a través de la Sentencia en el caso *Okpabi y otros v. a Shell* con origen en la jurisprudencia inglesa, nos ayuda a identificar los principios para determinar la responsabilidad extracontractual de la empresa matriz, basada en la negligencia y en la existencia de un deber de cuidado respecto a los actos de su subsidiaria en el extranjero.

En el Capítulo IV se analiza la violación de derechos humanos durante la dictadura argentina y el papel de la empresa *Ford Motors*, radicada en el país, como colaborador con las fuerzas represoras en las grandes violaciones contra los derechos humanos que se perpetraron, incluso, sirviéndose de sus instalaciones, para revelar la laguna existente en materia de responsabilidad empresarial en estos casos.

El Capítulo VII se analiza el larguísimo caso *Chevron* en Ecuador y se pone de manifiesto la complejidad y gravedad del caso haciendo un recorrido por los distintos litigios asociados al mismo y las enormes trabas a las que han sido sometidas las víctimas durante años para acceder a la justicia y obtener reparación. Entre ellas destaca la aplicación del foro *no conveniens* para evitar el desarrollo del proceso en el Estado del domicilio de la matriz, y la utilización del velo corporativo y del entramado societario para salvaguardar el capital empresarial, así como el uso de la *Lex Mercatoria* para impedir la ejecución de la Sentencia.

En el Capítulo VIII, se analiza el caso *Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell plc* planteado ante el Tribunal de Distrito de la Haya. Este supuesto se ha convertido, sin duda, en un referente en el ámbito de la litigación climática y constituye un antecedente fundamental de la acción climática. La Sentencia reconoce la necesidad de una acción no estatal para hacer frente al cambio climático, en tanto no basta la acción de los Estados, y requiere la contribución de otros actores, entre los que destacan las empresas que deben esforzarse en reducir las emisiones en línea acorde con los objetivos del régimen internacional.

En el Capítulo IX, el caso *Forner employees of Bralima vs. Bralima and Heineken NV* representa el triunfo de la mediación en este ámbito y se erige en clave de la “jurisprudencia” de los Puntos Nacionales de contacto sobre conducta empresarial responsable constituyendo todo un éxito en el acceso a reparación. En este caso, se produce ante el Punto Nacional de contacto holandés que alcanza un acuerdo entre la empresa Heineken y los trabajadores congoleños de Bralima en una disputa sobre derechos laborales por el que la empresa se compromete a otorgar reparaciones a las víctimas y a cambiar y mejorar sus políticas empresariales. También vinculado al papel de los Puntos Nacionales de contacto y de los riesgos medioambientales en el sector extractivo, esta vez en la región del Delta del Nilo, nos acercamos en el Capítulo X al litigio entre *Eni V. Nigerian Ikebiri Community* sobre la responsabilidad por violación de los derechos humanos de una empresa de participación estatal. Este supuesto también se presenta como un avance esperanzador desde la perspectiva de acceso a justicia de las víctimas de graves daños medioambientales en el país donde está domiciliada la empresa matriz.

Los últimos cinco capítulos atienden al análisis, en primer lugar, del caso *Vendata v. Lungowe* ante tribunales ingleses que, como dice su autor, ocupa un lugar especial en el ámbito de la litigación internacional en materia de empresa y derechos humanos desde el punto de vista de los aspectos jurisdiccionales en los que se centran la mayor parte de la Sentencia. Fundamentalmente porque la decisión permitió, a las víctimas de daños al medioambiente como resultado de las actividades desarrolladas por las filiales extrajeras de un grupo multinacional inglés, obtener “justicia material” ante los tribunales ingleses y estimar como responsable a la empresa matriz; en segundo lugar, al estudio del caso *Lafarge* en el que se atiende a la responsabilidad penal de la empresa matriz *Lafarge* por los hechos cometidos por su filial siria ante tribunales franceses. La querrela se presenta por *Sherpa* y *European center for Consti-*

*tucional and Human Rights* y once trabajadores de Lafarge contra *Cemen Syria, LCS* y sus anteriores CEO por financiación del terrorismo, crímenes contra la humanidad y violación de la legislación laboral, por haber llegado a acuerdos con *EI* y otros grupos armados para mantener abierta y en funcionamiento su fábrica de cemento. En esta decisión destacamos el especial protagonismo que cobra la posibilidad de exigir responsabilidad penal por delitos tipificados en el código penal a las empresas. En tercer lugar, el Capítulo trece se ocupa del caso *Sherpa and others v. Bolloré S.A.* en el que la extracción del aceite de palma en Camerún por la empresa francesa ha conllevado el acaparamiento de tierras, contaminación ambiental y represión de los que han intentado supervisar. Para terminar el Capítulo XIV nos sumerge en el *Caso Samarco (joint venture BHP Billiton y Vale)* que se refiere a dos de las mayores tragedias medioambientales de Brasil: Mariana y Brumandinho en Minas Gerais. Como consecuencia de una rotura de la represa de *Fundao* en Mariana, Brasil se liberaron 32 millones de metros cúbicos de lodo que contenía óxido de hierro y sílice, entre otras sustancias tóxicas para la vida humana y los animales de la zona. Los daños fueron irreversibles, también desde el punto de vista medioambiental, y las dificultades de alcanzar una reparación por violaciones de derechos humanos en el Estado del daño llevan a las víctimas a intentarlo ante foros ingleses, centrando la discusión en la competencia del tribunal inglés. Para terminar, el último capítulo del libro vuelve la mirada de nuevo sobre el *forum non conveniens*, esta vez en el caso *Kashef v. Paribas* ante un foro americano en una acción en masa contra *BNP Paribas*, una institución financiera francesa y su subsidiaria americana por abusos de derechos humanos perpetrados por el Gobierno de Sudan.

Las pinceladas vertidas en esta reseña únicamente constituyen una pequeña muestra de todo lo que aporta un libro imprescindible para entender los problemas y obstáculos con los que se encuentran las víctimas de abusos de derechos humanos por parte de las empresas en la litigación a nivel internacional. A través de esta recopilación de casos se pone de manifiesto la ineficacia de los instrumentos de acceso a justicia existentes y la importancia de avanzar hacia la instauración de mecanismos de reparación eficaces. Resulta realmente abrumadora la envergadura de los daños que se reclaman en los casos expuestos y desoladora la situación de las víctimas.

Se nos presenta un libro con una lectura conmovedora del que, si tengo que destacar una virtud es, sin lugar a duda, la profesionalidad y el “saber hacer” de todos sus autores, porque cada uno de ellos (más o menos consagrados) nos expone con una distinguida simplicidad un tema caracterizado, precisamente, por su enorme complejidad.

**Nerea Magallón Elósegui**  
**UPV/EHU**

**RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (Dir.) y CARRIZO AGUADO, D. (Coord.), *Régimen económico matrimonial: cuestiones de Derecho interno, comparado e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, 364 pp.**

El régimen económico matrimonial varía entre ordenamientos jurídicos occidentales de forma considerable. Existen los sistemas anglosajones, donde el régimen económico matrimonial prácticamente es inexistente y el matrimonio no implica variaciones en el patrimonio de las personas casadas, teniendo lugar, en caso de divorcio, un importante protagonismo lo que las partes hayan sido capaces de negociar y acordar o lo que decida un juez. Y están también los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, donde sí hay regulación en sus códigos civiles de esta institución y se puede diferenciar de forma general entre los regímenes de comunidad (bien de gananciales o de participación en las ganancias) y los de estricta separación de bienes. En Europa no existe ninguna ley material que uniforme los regímenes económico matrimoniales desde una perspectiva material.

En relación al Derecho internacional privado contamos con el Reglamento UE 2016/1103, aprobado en cooperación reforzada, lo que implica que sólo sea aplicable en algunos Estados europeos y no en todos ellos, en el caso de este Reglamento en 18 de los 27. Por lo tanto, el panorama normativo con el que contamos en Europa en materia de regímenes económico matrimoniales no siempre es el mejor cuando los operadores jurídicos deben resolver asuntos que presentan implicaciones transfronterizas pero que necesitan de un análisis multidisciplinar para resolverse. De ahí que, obras como la que tenemos la posibilidad de recensionar, se deban valorar de forma muy positiva debido a que dan luz y aportan respuestas a temas complejos, llenos de matices que no todos los juristas quieren o pueden abordar.

El estudio que aporta esta obra es diferente a los que ya existen sobre la materia debido a que se han seleccionado aspectos claves relativos al régimen económico matrimonial, pero desde perspectivas jurídicas muy diferentes. Esto, a nuestro juicio, ayuda de forma considerable al operador jurídico, al estudiante o a cualquier jurista que necesite tener una visión del régimen económico matrimonial más allá de una mera visión interna. Es decir, el libro se compone de ocho capítulos y los mismos abordan cuestiones de Derecho interno (capítulo uno), de Derecho comparado (capítulo dos), de Derecho internacional privado (capítulos tres, seis, siete y ocho) y también de Derecho tributario (capítulos cuatro y cinco). Esta multidisciplinariedad aporta al lector una visión completa de los problemas jurídicos que se pueden presentar para los cónyuges que bien ostentan varias nacionalidades, desean ejercer la autonomía de la voluntad o tienen dudas fiscales sobre la liquidación de su régimen económico matrimonial.

La estructura de la presente recensión es ir analizando de forma somera aspectos relevantes, que a nuestro juicio merecen ser destacados de cada uno de los capítulos de la obra.

La obra comienza con el capítulo elaborado por el Dr. Francisco Santana Navarro, profesor contratado doctor de Derecho Civil en la Universidad de las Palmas de Gran Canaria. En este capítulo, titulado “Los regímenes matrimoniales en el sistema español. Especial referencia al régimen primario”, se aborda, como el propio título indica, el estudio del régimen económico matrimonial primario. Este “régimen económico” se compone de una serie de reglas aplicables con carácter general a todos los regímenes económicos matrimoniales existentes en

Derecho civil español con independencia de que se trate del régimen de separación de bienes, de gananciales o de participación. Estas disposiciones generales se recogen en los arts. 1315 a 1324 del Código Civil, y la mayoría de las mismas, como señala su autor, tienen carácter imperativo (p. 55), pero no constituyen un régimen económico matrimonial propiamente dicho (p. 20). El autor, de forma magistral, inicia la obra con un capítulo más que necesario para entender las posibilidades de los cónyuges conforme a Derecho interno español.

El segundo capítulo lo realiza el profesor Alfonso Ybarra Bores, profesor titular de Derecho internacional privado en la Universidad Pablo de Olavide, cuyo título es “Los efectos patrimoniales del matrimonio en el sistema inglés”. El profesor Ybarra comienza poniendo de manifiesto con gran claridad que el Derecho inglés es peculiar (p. 61), sobre todo como él mismo señala es debido a razones históricas. Esta peculiaridad se manifiesta tanto en la existencia de figuras jurídicas desconocidas en el Derecho inglés (el *trust*, el *forum non-conveniens*, entre otras) que no existen en ordenamientos del *civil law* como el español, como en la inexistencia de otras que son habituales en los Derechos civiles europeos continentales, pero no el Derecho inglés, como son los regímenes económico matrimoniales (pp. 62 y 66). Esto implica básicamente tres aspectos: 1) que el matrimonio conforme a Derecho inglés no presenta efectos en el patrimonio de los cónyuges. Es decir, el hecho de contraer matrimonio no implica que el patrimonio de los cónyuges se unifique, ni mucho menos, sino que continúan de forma separada como antes de contraer nupcias; 2) los aspectos relativos al régimen económico matrimonial en el Derecho inglés se consideran desde una perspectiva jurídica una cuestión más cercana al Derecho patrimonial y no al Derecho de familia; 3) existe una excepción en el Derecho inglés en relación a las facultades de los cónyuges tras el divorcio con respecto a la división del patrimonio, excepción prevista en la *Matrimonial Causes Act 1973*. Esta norma es la que otorga poder a los jueces ingleses para redistribuir el patrimonio de los cónyuges tras el divorcio. El autor centra gran parte de su estudio en esta norma inglesa, ya que es un elemento clave en el Derecho de familia inglés. Esta norma no nos es ajena, debido a que cuando se realiza un acuerdo prematrimonial y acaba siendo revisado por los jueces ingleses, la *Matrimonial Causes Act 1973* siempre está presente y establece unos principios rectores como las *financial needs* o el *sharing principle*, a los que hay que atender para determinar si el *prenup* puede sobrevivir o no a la revisión judicial.

Otra parte del capítulo relacionado en cierta medida con los acuerdos pre o post matrimoniales es la relativa al apartado titulado “Londres como capital mundial de los grandes divorcios”. En esta parte del trabajo, el autor pone de manifiesto uno de los grandes males (desde nuestro punto de vista) que presenta acudir a litigar ante tribunales ingleses, y que no es otro que la alta discrecionalidad de sus jueces a la hora de decidir. En un tribunal inglés se sabe cómo se comienza, pero nunca se puede predecir como acabará el litigio. Aun así, a pesar de ello, como refleja su autor, Londres es un lugar que atrae importantes litigios en materia de divorcio (pp. 84 y 85), utilizándose para fijar esa jurisdicción clásicas figuras del Derecho internacional privado como el *forum shopping* o la carrera hacia el tribunal. En definitiva, nos parece que se trata de un capítulo muy estimulante, donde se aprecia cómo el profesor Ybarra Bores es un gran conocedor del Derecho inglés.

El tercer capítulo es escrito por la notaria Inmaculada Espiñeira Soto bajo el título “la práctica notarial en materia de regímenes económicos matrimoniales con elemento extranjero”.

Este capítulo se divide en cuatro partes diferenciadas: competencia judicial internacional, ley aplicable, autonomía de la voluntad de los cónyuges material y sustantiva y validez formal y circulación de documentos. Una idea que la autora destaca en su trabajo en varias ocasiones es la labor de asesoramiento que tienen los notarios de corte latina en materia de régimen económico matrimonial (p. 129). La realidad es que así es, el notario juega un papel crucial en potenciar la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la hora de elegir su régimen económico matrimonial, o incluso en la celebración de acuerdos entre los cónyuges, durante, o incluso una vez finalizado el matrimonio, plenamente vinculantes.

Los capítulos cuatro y cinco versan sobre Derecho tributario. El primero de ellos es realizado por el profesor Jesús Ramos Prieto, catedrático de Derecho financiero y tributario en la Universidad Pablo de Olavide, y se titula “Imposición directa y régimen económico matrimonial en España: la individualización de rentas en el IRPF”. Este capítulo pone de manifiesto cómo los regímenes económico matrimoniales son una figura jurídica que trasciende el Derecho civil y que impactan de lleno en uno de los aspectos legales que más nos preocupa como ciudadanos, y es que nuestras cuestiones tributarias cumplan con la legalidad vigente y que la hacienda pública no nos pueda imputar ilícito alguno. El capítulo escrito por el profesor Ramos versa sobre una cuestión bastante particular, como es el análisis de los problemas jurídicos que suscita desde una perspectiva tributaria española (no hay que olvidar que la materia tributaria está excluida del Reglamento UE 2016/1103) el hecho de que los cónyuges en regímenes de comunidad, como puede ser la sociedad de gananciales, decidan realizar la declaración del impuesto directo del IRPF de forma individual. No hay que olvidar que, en el impuesto de la renta, los contribuyentes casados pueden hacer su declaración en conjunto o de forma individual, no así en otros impuestos que también trata el autor, como es el caso del impuesto del patrimonio y del reciente impuesto para las grandes fortunas (p. 132). El autor analiza el impacto que presenta esta segunda opción, es decir, la presentación de la declaración de IRPF de forma individual cuando se está sometido a un régimen de gananciales. El profesor Ramos señala una idea en su trabajo que presenta consecuencias importantes para los contribuyentes españoles y es que, debido a la autonomía calificadoria del Derecho tributario (p. 135) frente a otras disciplinas, hay en gran medida una disociación entre la titularidad jurídico civil y la carga impositiva que se debe asumir en impuestos como el IRPF. Esto presenta dos consecuencias que el profesor expone de forma magistral en la parte final de su trabajo (pp. 160 y 161) y que no queremos dejar de destacar: 1) los cónyuges que realizan su declaración de forma individual, pero están bajo un régimen de comunidad, como es el régimen de gananciales, es muy probable que tributen por una capacidad económica que no es la real. Esto es así porque ese cónyuge en régimen de gananciales incluye en su base imponible ganancias que comparte en atención a su régimen y que no le pertenecen en exclusiva; 2) un contribuyente que se rija por un régimen de gananciales no podría asimilarse sin más al de separación de bienes en relación a su capacidad económica a efectos de IRPF.

Dentro de esta sección de la obra dedicada al Derecho tributario hay otro capítulo igual de sugerente que el anterior, escrito por el profesor José Manuel Macarro Osuna, que lleva por título “Implicaciones tributarias de la extinción del régimen económico-matrimonial y las comunidades de bienes”. En este capítulo se aborda el impacto tributario de la disolución del régimen de separación de bienes y del régimen económico de gananciales a la luz de dos

impuestos: el IRPF y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentos. El autor utilizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo como un elemento clave para abordar el estudio aportando con la misma una visión clara y actual de los problemas jurídicos que se abordan.

En el capítulo seis se vuelve a abordar el estudio del Reglamento UE 2016/1003, pero desde una perspectiva diferente a la que se realiza en el capítulo tercero. Este capítulo, elaborado por el profesor Ricardo Rueda Valdivia, se titula “El Reglamento (UE) 2016/1103 y su impacto en la regulación de los regímenes económico matrimoniales en DIPr. español: especial referencia a su repercusión en competencia internacional y ley aplicable. Se trata de un amplio capítulo, de 100 páginas de extensión, que no dejan indiferente al lector debido a su exhaustividad y claridad expositiva. El profesor Rueda no deja ningún tema sin tratar en relación a la competencia judicial internacional (impacto en la competencia judicial internacional en atención si la autoridad interviniente es notaria o judicial, foros) y el derecho aplicable (puntos de conexión, la protección de terceros, validez de las capitulaciones matrimoniales, remisión a sistemas plurilegislativos, reenvío, orden público) y esto hace que este capítulo se convierta un estudio de referencia para todo aquel que quiera introducirse y también consolidar su conocimiento sobre el Reglamento UE 2016/1103.

El capítulo siete aborda una cuestión importante, a la par que compleja en la práctica, como es la plurinacionalidad de los cónyuges y su impacto en la determinación del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial. Este capítulo tiene como autora a la profesora Laura García Álvarez, profesora contratada doctora de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide y lleva por título “Plurinacionalidad y régimen económico matrimonial”. La autora parte de la idea de que, debido a que el elemento extranjero está cada vez más presente en las relaciones de familia, la plurinacionalidad ha pasado de ser algo infrecuente a resultar algo habitual (p. 308). Pero el hecho de que sea cada vez más frecuente no obsta para que la determinación del Derecho aplicable cuando éste se determine en atención al punto de conexión nacionalidad esté exenta de problemas. La profesora García, en su análisis, no se limita a describir doctrina y jurisprudencia. Su estudio va más allá, es riguroso y permite ver la opinión jurídica de la autora tras una minuciosa investigación. Así, *ad ex*, la autora manifiesta que es positivo cómo aborda el Reglamento UE 2016/1103 la plurinacionalidad, pues este, a diferencia de otros reglamentos europeos, permite que los cónyuges puedan elegir entre cualquiera de las leyes correspondientes a cualquiera de las nacionalidades que aquéllos ostenten. No obstante, advierte que no hay que pasar por alto el que el art. 26.2 excluye el punto de conexión de la nacionalidad común para determinar el derecho aplicable cuando ambos cónyuges ostentan más de una nacionalidad común (p. 340). También realiza un análisis crítico del considerando 50 del Reglamento, el cual, según su visión, dada su redacción actual y la ausencia de jurisprudencia por parte del TJUE al respecto, hace posible que el operador jurídico pueda optar por diferentes interpretaciones del mismo, generando inseguridad jurídica.

Por último, la obra se cierra con un capítulo del profesor David Carrizo Aguado, profesor contratado doctor de la Universidad de León y coordinador de la obra, y que lleva por título “La autonomía de la voluntad conflictual en la relación interconyugal transfronteriza: especial referencia a los negocios familiares”. En él el profesor Carrizo aborda de forma magistral la importancia de la autonomía conflictual en las relaciones entre cónyuges con elemento ex-



tranjero y su impacto en los negocios familiares. Los negocios entre cónyuges, o el que éstos sean miembros de una empresa familiar *ad ex.*, suscitan cuestiones de diferente calado jurídico que no se pueden dejar al libre albedrío. El régimen económico matrimonial del cónyuge o cónyuges empresarios, si existen hijos comunes, si existe patrimonio privativo previo..., son aspectos que pueden afectar de lleno al negocio familiar y, en la medida de lo posible, debería preverse su regulación en un protocolo familiar junto con un acuerdo prematrimonial o celebrado una vez que se produce el matrimonio, para que las consecuencias de una posible ruptura afecten lo menos posible a esos negocios familiares. Esto es así porque no se puede pasar por alto los estudios que reflejan que, aunque en torno al 89% de las empresas en España y en gran parte de Europa son familiares, más del 90% de las mismas no sobreviven a la tercera generación. Los motivos de las dificultades para sobrevivir de estos negocios familiares son variados, pero uno de ellos es que hay aspectos relativos al régimen económico matrimonial que no se regulan *ex ante*, ni de forma adecuada. El autor, en su capítulo, ofrece opciones desde la perspectiva de la autonomía conflictual a la luz del Reglamento UE 2016/1103 que se deberían tener muy presentes a la hora de abordar un pacto de elección de ley.

Para concluir podemos afirmar que estamos ante una obra estimulante, completa y multidisciplinar. Una obra en la que los directores han conseguido con creces el objetivo propuesto. Como señalan en la presentación, aquéllos pretendían con este libro aunar un estudio doctrinal con una visión práctica, y desde luego así ha sido.

Muchas de las cuestiones que se abordan en la obra son actuales, de relevancia en la práctica y que pueden plantear bastantes dudas a la hora de su resolución por parte de los operadores jurídicos. Este libro, dirigido por los profesores Andrés Rodríguez Benot y César Hornero Méndez, es uno de los resultados de la investigación desarrollada en el marco de un proyecto I+D+i titulado “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal” concedido por el Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica de la Agencia Estatal de Investigación. En definitiva, a nuestro juicio, un gran resultado, fruto no del azar, sino del esfuerzo de sus directores y autores. Por eso, no dudamos que será una obra de referencia para todo aquel jurista que quiera conocer problemas, pero sobre todo soluciones ante determinadas cuestiones internas, tributarias, de derecho comparado e internacionales que presentan una de las figuras jurídicas más apasionantes de nuestro ordenamiento jurídico: los regímenes económico matrimoniales.

**Isabel Antón Juárez**  
**Universidad Carlos III de Madrid**



**RUEDA VALDIVIA, R. (Dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 710 pp.**

Las múltiples reflexiones que suscita la lectura de este libro me obligan a poner de manifiesto dos circunstancias que determinan su reseña. La primera es de naturaleza objetiva, la segunda de índole subjetiva. En primer lugar, debe advertirse que este libro es continuador de una fecunda tradición en nuestro país, la de los libros homenaje, en este caso con motivo de la jubilación de la profesora Mercedes Moya Escudero. La colección de estudios sobre temas vinculados a su especialidad escritos por un nutrido grupo de colegas, discípulos y amigos académicos es una buena manera de reconocer la valía de esta profesora universitaria y de apreciar su trayectoria en el *alma mater*. Ese legado que la homenajeada nos brinda y que conviene recordar, como tributo a la esencia de la Universidad, que conlleva adaptación a las circunstancias del momento presente para impulsar la transformación y la mejora de la sociedad a la que sirve.

Este libro homenaje, a lo largo de sus muchas páginas, revela respeto, admiración y afecto por la Pfra. Moya Escudero. Circunstancia subjetiva que eleva la apreciación de los trabajos, porque ha movido a los autores a seleccionar cuidadosamente los temas, tratados con el rigor que merecen.

La obra se estructura en dos partes que comprenden 31 estudios. Precedidas de dos sentidas semblanzas personales escritas por Ana Rubio Castro y por Andrés Rodríguez Benot, destilan reconocimiento y aprecio a la homenajeada, cada una de las Partes organiza los trabajos que pivotan sobre los ámbitos de estudio preferidos por la Pfra. Moya Escudero. En su contenido desfila el amplio escenario de cuestiones jurídicas que en nuestra época suscita la movilidad internacional. Van pasando por las páginas de esta extensa obra los temas elegidos por los diferentes autores, a los que es común el subrayado de aquellos que captan la atención, cuestionan el cómo y el por qué e interpelan al lector, desde el análisis que cada uno de ellos aporta, sobre las preguntas y respuestas que requiere esta sociedad plural y diversa caracterizada por la constante expansión de la globalización y los fenómenos migratorios. Fenómenos que explican la cotidianeidad de las relaciones vinculadas con más de un Ordenamiento jurídico. Merita reconocimiento la labor de dirección del Pfr. Rueda Valdivia, que ha sabido organizar los estudios para reflexionar críticamente sobre las demandas de solución a las cuestiones que surgen de la vida de las personas y las empresas en este contexto.

La Primera Parte, *Retos del Derecho Internacional Privado ante la movilidad internacional de personas en el siglo XXI*, se abre con el estudio de Andrés Rodríguez Benot sobre “Los títulos nobiliarios en Derecho Internacional Privado”, en el que el repaso de los problemas tradicionales se sazona con la consideración de los aspectos más actuales.

Le sigue el trabajo de María González Marimón “Hacia una mayor protección de niños, niñas y mayores en la Unión Europea”, en el que la autora nos facilita elementos para articular respuestas plausibles a la necesaria coexistencia de la diversidad de reglas y de jurisdicciones y a la defensa de los valores fundamentales que requiere la tutela de estas personas.

A “La nueva regulación del acogimiento transfronterizo de menores en el Reglamento Bruselas II TER: (Reglamento UE nº 2019/1111)”, dedica su estudio María del Pilar Diago Diago. Con un planteamiento que cuestiona el mero positivismo reglamentista y coloca en sus justos términos el alcance de la unificación normativa, potenciando la labor del intérprete.

En este orden de ideas, el análisis del “Régimen jurídico del derecho de visita de los menores en el Derecho Internacional Privado europeo”, realizado por María Dolores Adam Muñoz, llama nuestra atención sobre los problemas irresueltos.

Con su estudio sobre “El Derecho Internacional Privado de Familia en la Unión Europea: un camino complejo”, José Manuel Velasco Retamosa pone de relieve la capilaridad del Derecho de la Unión Europea, que alcanza a instituciones reservadas a la competencia doméstica de los Estados miembros.

Rosario Espinosa Calabuig interpela al jurista para hacer frente a “La fragilidad de las relaciones privadas internacionales y sus efectos sobre el derecho a una vida privada y familiar”, fortaleciendo los valores, *in casu*, inherentes al respeto de la vida privada y familiar.

A la “Movilidad internacional de parejas por la Unión Europea”, dedica Mercedes Soto Moya unas páginas en las que late la premisa de poner el Derecho *al servicio de las personas*.

Los “Aspectos transfronterizos del protocolo familiar con especial incidencia a las capitulaciones matrimoniales” son examinados por David Carrizo Aguado con una perspectiva integradora y armónica con los pactos capitulares.

Ricardo Rueda Valdivia dedica su contribución a una cuestión de gran importancia práctica; un análisis sobre “El notario español ante la tramitación de actas de notoriedad para la constancia registral del régimen económico matrimonial legal en situaciones transfronterizas: aspectos competenciales”, que concluye con una propuesta normativa de gran interés.

La mirada crítica que Pablo Quinzá Redondo realiza sobre la “Competencia alternativa en el Reglamento (UE) 2016/1104: de los buenos propósitos a su excesiva sofisticación”, prueba la viveza de nuestra doctrina.

De la que también es exponente el trabajo acerca de la “Eficacia extraterritorial de decisiones judiciales relativas al régimen patrimonial de las uniones registradas”, con el que Nuria Marchal Escalona contribuye al homenaje.

Los “Aspectos prácticos de la sucesión de emigrantes retornados españoles” merecen la atención de Ángeles Lara Aguado, que no se arredra ante la complejidad y aporta una perspectiva interdisciplinar.

El tributo de Pablo Melgarejo Cordón se centra en “El notario español como autoridad no judicial con competencias en materia sucesoria y su relación con el Reglamento 650/2012: ¿tribunal o fedatario público?”, problema que aborda con madurez científica, sustrayéndose a la vacuidad nominalista.

Gloria Esteban de la Rosa diserta sobre la “Política europea sobre cooperación judicial civil transfronteriza y Derecho Internacional Privado europeo”, subrayando su valor y su carácter evolutivo y no meramente instrumental.

Las “Dichas y desventuras de las versiones oficiales en español de las normas de la Unión Europea en materia de Derecho Internacional Privado” son la aportación de Federico Francisco Garau Sobrino, Con ella, más allá de los casos que señala, apela a los valores de la calidad normativa como elemento de la calidad democrática.

Justamente en esa línea de profundizar en las instituciones que aportan a dicho fin, y como genuino experto en la materia, Carlos Esplugues Mota cuando escribe sobre “Mediar, conciliar, negociar: el fomento de los MASC, también, en los conflictos familiares transfronterizos”, nos convoca a persistir en el estudio y el análisis crítico que impulsa el progreso.

Y de progreso también escribe Guillermo Palao Moreno, al tratar de “La digitalización de los registros civiles y la circulación internacional de sus certificaciones: Regulación internacional y europea”, emplazando al legislador y al intérprete.

Las “Consideraciones heterodoxas sobre la ley elegida por las partes como ley reguladora del contrato de trabajo internacional” que realiza Javier Carrascosa González, más bien, tienen el valor de lo clásico; no porque se aparte o no de la ortodoxia, sino porque a sus reflexiones cabe el atributo de permanencia.

La Segunda Parte de este Libro Homenaje aglutina los estudios dedicados a los *Retos del Derecho de Extranjería y de la Nacionalidad ante la movilidad internacional de personas en el siglo XXI*.

Irene Blázquez Rodríguez acepta el lance de deliberar, con acierto, sobre “El Estatuto del extranjero y su categorización: de la respuesta jurídica y su adaptación a la realidad migratoria”.

La “Reforma del Reglamento de Extranjería: adaptación a un nuevo entorno laboral para el siglo XXI” merece el análisis concienzudo y conocedor de la realidad práctica de Juan Manuel Puerta Vílchez.

El dilema acerca de la opción entre “Multas o expulsión para el extranjero en situación irregular: compatibilidad directiva de retorno-LOEX y evolución jurisprudencial” ocupa la atención de Francisco Javier Durán Ruiz, aportando la visión de un administrativista que engarza con la perspectiva humanista de la homenajeada.

La novedad del fenómeno sirve a Lucía I. Serrano Sánchez para poner de manifiesto la necesidad de continua renovación del Derecho de extranjería; así se colige de su análisis sobre “Teletrabajadores a distancia extranjeros y Derecho de Extranjería: ¿quiénes son y cuál es su estatus jurídico?”.

Juan Francisco Sánchez Barrilao al volver la mirada sobre la “Identificación de extranjeros en España por motivos étnicos veinte años después de la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001”, reclama del legislador, operadores jurídicos y servidores públicos mayor compromiso con los valores constitucionales para acabar con los prejuicios raciales.

El “Derecho de sufragio en las elecciones municipales de los nacionales británicos residentes en España” sirve a María Ángeles Sánchez Jiménez para advertir sobre las consecuencias del Brexit y la necesaria reconstrucción de las relaciones demolidas.

María Victoria Cuartero Rubio y José Miguel Sánchez Tomás exponen la continua y constante lucha por “El derecho al respeto a la vida familiar de los inmigrantes en la doctrina constitucional”. Y no acertando ésta, también en la mejor doctrina académica de la que son exponentes.

El valor de obras como este Libro Homenaje radica, también, en la capacidad de sus coautores para afrontar lo más inmediato, lo actual. Es lo que ha sabido hacer Carmen Azcárraga Monzonís al analizar a la luz de la jurisprudencia casi coetánea a la edición del libro la situación de “Ucrania y protección internacional: de la denegación a la protección subsidiaria por circunstancias sobrevenidas”.

Línea en la que también se sitúa la contribución de Nuria Arenas Hidalgo sobre “El primer caso de activación de la Directiva 2001/55/CE: características singulares del sistema de protección temporal y aplicación ante la afluencia masiva de personas desplazadas desde Ucrania”, advirtiéndonos sobre los riesgos de discriminación e invocando el compromiso con la igualdad.

La imagen a veces desdibujada del mosaico de nuestra normativa promueve el lúcido y sutil análisis de Carmen Otero García-Castrillón sobre “Extranjería y liberalización internacional del comercio de servicios”.

Gisela Moreno Cordero contribuye al libro con una visión actualizada y crítica de las libertades de establecimiento y de servicios centrada en las diferencias regulatorias que se ponen de manifiesto en “De profesión, abogado: movilidad intraeuropea mediante el establecimiento o la prestación temporal u ocasional de un servicio en España”.

“El delito de ayuda a la inmigración clandestina en el Código Penal español” es la contribución de Esteban Juan Pérez Alonso, con la que el penalista no sólo facilita el análisis dogmático del mismo, sino que insta –desde la contribución interdisciplinar– a configurar una política migratoria justa.

La obra se cierra con el trabajo de Mónica Guzmán Zapater “Apatridia y nacionalidad: tomemos en serio la nacionalidad española”, un fundado análisis que advierte frente resoluciones precipitadas, previene ante la inestabilidad de nuestro Derecho de la nacionalidad y, sobre todo, invita al estudio reflexivo y crítico.

Nos encontramos ante un Libro Homenaje de referencia, sólido y bien trabado, que aporta elementos de análisis sobre importantes cuestiones que los participantes en la obra han sabido desvelarnos.

**Pilar Blanco-Morales Limones**  
**Universidad de Sevilla**

**SÁNCHEZ COBALEDA, A., *La regulación jurídica internacional de los bienes de doble uso*, Marcial Pons, Madrid, 2023, 353 pp.**

La monografía de la Dra. Sánchez Cobaleda destaca de modo sobresaliente en el panorama de la producción científica internacionalista por la originalidad de la temática, el planteamiento, la metodología, el análisis, el amplio y sólido apoyo documental y bibliográfico y los resultados –que constituyen una extraordinaria aportación al conocimiento del objeto de estudio–, así como por la rigurosidad, laboriosidad y claridad expositiva de la autora que se agradece, en particular, por tratarse de un tema que reviste un indudable interés y una creciente actualidad, pero sin perder –sino habiendo incrementado– su complejidad y dificultad como objeto de estudio.

El objeto de estudio de esta monografía dista mucho de ser sencillo, accesible, cómodo o agradecido para el investigador. Obliga a realizar un esfuerzo de búsqueda, análisis, contraste y elaboración de los resultados que pocos otros ámbitos requieren y que, al final, conduce en mayor medida a la identificación de carencias, contradicciones, obstáculos y limitaciones para su correcta regulación que a la posibilidad de ofrecer soluciones para la misma sobre la base del enorme trabajo realizado en su investigación. Si, en general, el jurista ha de enfrentar enormes desafíos de distinto alcance y naturaleza para concluir satisfactoriamente su labor, en este caso, el mérito es considerablemente mayor por los motivos que es conveniente identificar a continuación para apreciar el valor de la obra reseñada.

La regulación jurídica de los bienes de doble uso plantea una problemática compleja desde diferentes perspectivas y por diversas razones. En primer lugar, hay un *problema conceptual*. La denominación “bienes de doble uso” es tan omnicompreensiva como imprecisa. Hablar de “bienes” resulta complicado y discutible al menos por un doble motivo: por una parte, no es fácil denominarlos o calificarlos de modo natural dentro de la categoría de bienes cuando se pueden utilizar y se utilizan con fines maliciosos o no pacíficos; por otra parte, el concepto de “bien” en el mundo jurídico tiene un significado muy preciso que se compadece mal con la idea de bienes usados con ese otro tipo de finalidades. Aunque originaria, incluso normativamente y en la práctica se haya consolidado la expresión “bienes de doble uso” no habría que descartar la posibilidad o incluso la necesidad de utilizar a esos efectos un término diferente como “recurso” que es aséptico tanto axiológicamente como en cuanto a sus funcionalidades.

En segundo lugar, hay un *problema de orden funcional*. Como explica en distintas partes de la obra su autora, la categoría de bienes de doble uso está vinculada en su articulación conceptual y normativa a la noción de armas de destrucción masiva (ADM). No solo no son necesaria e indiscutiblemente asimilables en su régimen jurídico –porque el signo genética y naturalmente distintivo de los bienes de doble uso es su capacidad para un uso beneficioso y el derecho de los Estados a emplear el mismo–, sino que se ven negativamente afectados en su formulación por la propia indefinición y relativismo que rodea el concepto de arma. Como evidencia de esta situación, en el estado actual de la cuestión, naturalmente condicionado por el empleo de este concepto en el ecosistema digital y en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones, se están barajando hasta cinco opciones conceptuales en torno a la definición de arma, desde las teorías finalista, instrumental o analógica, hasta la negacionista o la relati-

vista en virtud de la cual cualquier cosa puede ser un arma dependiendo de su uso, sus efectos y la intencionalidad, que es un aspecto muy notablemente destacado por la autora a lo largo de esta monografía.

Hay, en tercer lugar, un *problema contextual* derivado de una doble y diferente circunstancia. Por una parte, la asociación original de los bienes de doble uso a las ADM y el hecho de que su régimen normativo sea tributario de aquel otro encaja con dificultad en una realidad en la que los bienes de doble uso responden a una acepción más amplia y, como advierte la Dra. Sánchez Cobaleda, “empiezan a identificarse con productos cuyos fines no deseados perjudican a valores o intereses jurídicamente protegidos, ajenos a las ADM” (pp. 55). Por otra parte, el avance científico y tecnológico implica un crecimiento exponencial, ilimitado y constante de las posibilidades, funcionalidades y recursos de doble uso que, además, a diferencia de las ADM, en sentido estricto, están natural y completamente integrados en la realidad cotidiana de manera que los bienes de doble uso pasan de ser una relativa excepción a convertirse en la normalidad. Una gran mayoría de las tecnologías del mundo digital comparten esa virtualidad. Un componente adicional, no menos importante dentro de este contexto y al que se refiere la autora de esta monografía, viene dado por el protagonismo alcanzado por los agentes no estatales, en general y en relación con el diseño, desarrollo y utilización de bienes de doble uso.

Hay, finalmente, un *problema de naturaleza estructural* derivado de la necesidad de reinterpretar, reformular y reubicar el marco jurídico de análisis de los bienes de doble uso atendiendo a estos cambios, condicionantes y circunstancias. El panorama actual muestra un marco normativo caracterizado por la fragmentación, la complejidad, un cierto relativismo o, incluso, la posibilidad de apuntar a la necesidad de procesos técnicos de estandarización capacitados para discriminar y clasificar técnicamente las posibilidades de usos beneficios, maliciosos o no pacíficos.

Una vez contextualizada la problemática que plantea el objeto de esta monografía, con la intención de subrayar la extrema dificultad y complejidad de su estudio y el valor de la contribución realizada al mismo por parte de la Dra. Sánchez Cobaleda, es el momento de explicar la estructura y contenido de su trabajo.

La monografía se estructura en 6 capítulos. El *capítulo primero* constituye, más que una aproximación, como reza su título, un análisis riguroso, esmerado y exhaustivo de los bienes de doble uso como categoría. En su primer apartado, relativo al origen y configuración de esta noción, la autora aborda dos aspectos esenciales: por una parte, la problemática que rodea este concepto y su formalización en la práctica internacional; y, por otra, los criterios de delimitación desde la triple dicotomía que encierra sus fines pacíficos y no pacíficos, los usos civiles y militares o el criterio de la intencionalidad, que constituye en esencia el parámetro último de calificación puesto que, como advierte la autora, el uso en uno u otro sentido de estos bienes es una decisión humana, libre y voluntaria y la intención en general, que está en la idiosincrasia social y la conciencia individual, “ni es demostrable, ni es utilizable ni es justiciable aunque desde luego sea la esencia de la cuestión” (pg. 29). A partir de esa dicotomía, el apartado segundo de este primer capítulo aborda la noción de bien de doble uso en la normativa internacional partiendo de los tratados y normas que identifican los bienes de doble uso como aquellos que pueden tener fines pacíficos y no pacíficos –el Tratado sobre la no proliferación de las



armas nucleares, la Convención sobre armas bacteriológicas y tóxicas, la Convención sobre armas químicas y, en otro orden, la Resolución 1540 del Consejo de Seguridad— para continuar con aquellos otros actos de diferente origen y naturaleza que se refieren a los bienes de doble uso conforme al sentido de civiles o militares o finalidades benévolas o malévolas. Entre ellos se incluyen las Directrices del Grupo de Suministradores Nucleares, el Régimen de Control de Tecnología de Misiles, las Directrices del Grupo Australia o las Directrices del Arreglo de Wassenaar. Este primer capítulo concluye con un apartado dedicado a las tensiones actuales y las tendencias de evolución. La denominación confunde en esta parte de la que se espera un análisis más detallado y mejor estructurado sobre los principales motivos de preocupación compartida al respecto por académicos, industria, legisladores y gobiernos importadores o exportadores. Las transferencias de bienes intangibles parecen plantear una problemática específica distinta de la que deriva de la investigación de doble uso de manera que su tratamiento conjunto (pp. 50-55) no ayuda a la mejor comprensión de las mismas. Por otra parte, tanto ese apartado como el siguiente —dedicado a las dificultades asociadas a las tendencias de ampliación de la noción— pueden calificarse como tensiones actuales, pero no necesariamente y al mismo tiempo como tendencias de evolución. No queda clara esa combinación de tensiones actuales y tendencias de evolución o estas últimas quizás no estaban correctamente ubicadas en ese contexto.

Siguiendo con la metodología planteada sobre la noción de bien de doble uso en la normativa internacional, los capítulos segundo y tercero se dedican a la delimitación y características del Derecho Internacional aplicable tratando, respectivamente, sobre las normas jurídicas internacionales y las directrices y normas de *soft law*. El *capítulo segundo* analiza los tratados y los actos de las organizaciones internacionales ocupándose de antecedentes, objetivos, estructura, régimen normativo y garantías para terminar con un balance y valoración de los mismos. El *capítulo tercero* cuenta con un apartado inicial dedicado a las características generales de los regímenes de control de exportaciones para, a continuación, centrarse en las características específicas de cada régimen.

Los *capítulos cuarto y quinto* se ocupan, respectivamente, de las exigencias de regulación y de control interno y en el marco de las relaciones exteriores. Entre las primeras, las internas, se identifican la protección física, el control y limitación de transferencias —que quizás habría tenido mejor cabida en el siguiente capítulo—, los comportamientos prohibidos y las sanciones internas y las autoridades nacionales de referencia. El capítulo quinto, relativo a las exigencias externas, se concreta en las exigencias de sometimiento a control internacional y de cooperación para la promoción de los usos pacíficos de los bienes de doble uso.

El *capítulo sexto*, que asemeja a un capítulo de conclusiones, reivindica en su primer apartado la importancia de la noción de bienes de doble uso destacando como aspectos clave su vinculación con las armas de destrucción masiva, la función clave de la intencionalidad y la tendencia expansiva que caracteriza el desarrollo y evolución de esta categoría. En el segundo apartado, relativo a la configuración del régimen de bienes de doble uso, advierte certeramente sobre su naturaleza fraccionada, dispersa y localizada en el contexto de la no proliferación y sobre la importancia del *soft law* en este ámbito. El papel del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas merece un lugar destacado, asimismo, dentro de este régimen jurídico. Finalmente, este capítulo identifica el contenido del régimen de bienes de doble uso.

Un primer componente es el contenido normativo básico que se define como el resultado del intento de lograr un equilibrio entre la exigencia interna de controlar los bienes y sus transferencias y la exigencia externa de cooperar para la promoción de los usos pacíficos de los bienes de doble uso. Este régimen jurídico internacional se caracteriza, siguiendo a la autora, “por la tensión permanente entre la prohibición del desvío y el derecho a los usos pacíficos” (pp. 329). Por ello, el contenido mínimo consiste en asegurar el equilibrio entre ambos objetivos y exigencias. A ello hay que sumar la adopción de medidas de protección física y de regulación interna sobre comportamientos prohibidos y establecimiento de sanciones que son exigencias derivadas, a su juicio, de fenómenos tan dispares como los procesos de globalización y el terrorismo internacional. La observancia y el cumplimiento de estas exigencias contribuye a la efectividad del régimen y constituyen una parte esencial del control de los bienes de doble uso que ha de ser integral de manera que garantizar cada uno de sus aspectos ha de fortalecer el régimen en su conjunto.

Un segundo componente del contenido normativo del régimen de bienes de doble uso es el sometimiento a medidas de seguimiento del cumplimiento, verificación y control internacional de naturaleza heterogénea que sería una exigencia de orden transversal y de carácter global porque abarcaría la garantía de respeto de todas las exigencias identificadas con anterioridad. La autora advierte sobre la existencia de una tendencia a la institucionalización debida en parte al hecho de que el sometimiento a medidas de control internacional está mejor valorado cuando se canaliza de manera institucionalizada que cuando se lleva a cabo de forma descentralizada. A ello contribuye la afirmación de que los casos más flagrantes de incumplimientos se han producido en regímenes más institucionalizados, mientras que ocurre al contrario en los que están menos formalizados precisamente porque son más débiles los instrumentos de control.

El tercer y último componente de ese contenido normativo básico vendría dado por la designación de autoridades nacionales para actuar como interlocutoras de organizaciones y organismos de referencia, como órganos centralizadores para toda cuestión nacional que pueda guardar referencia con la materia y como partes componentes de una red transnacional de contactos.

El capítulo sexto termina con una valoración del régimen jurídico internacional de los bienes de doble uso cuya completa consolidación constituirá, en palabras de la autora, la consecuencia necesaria de la culminación de los objetivos de la regulación de las armas de destrucción masiva de manera que “el pleno afianzamiento del régimen de los bienes de doble uso irá unido a la total desaparición de estas armas” En su opinión, este régimen no solo es tributario del de las armas de destrucción masiva sino que “cuando estas armas desaparezcan, será su heredero natural para evitar su resurgimiento o proliferación”(pp. 333). Esta conclusión, no necesariamente compartible, quizás refleja un excesivo y poco fundamentado optimismo motivado, tal vez, por la devoción propia y encomiable hacia el objeto de investigación que acompaña a muchos investigadores. Más precisa y fundamentaba es la identificación de los retos más urgentes y entre ellos una delimitación más concreta de su objeto de control que responda a criterios de seguridad jurídica. Cooperación internacional, colaboración público-privada y concienciación son claves para evitar que se transfieran internacionalmente los bienes de doble uso cuando no se cumplan las condiciones requeridas y que sean objeto de una utilización correcta dentro de cada Estado. En cualquier caso, la legitimidad y eficacia del régimen van a depender del pleno ejercicio del derecho al uso pacífico de los bienes y tecnologías de doble uso.

En definitiva, esta monografía constituye una extraordinaria aportación al conocimiento científico de una materia complicada y difícil, que se explica con una extraordinaria claridad expositiva que es una consecuencia evidente del riguroso trabajo realizado para su elaboración por la Dra. Sánchez Cobaleda, con nuestro agradecimiento y enhorabuena.

**Margarita Robles Carrillo**  
**Universidad de Granada**



**SÁNCHEZ FRÍAS, A., *Los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 256 pp.**

Los problemas asociados a la interpretación jurídica siempre son dignos de atención y los trabajos doctrinales relacionados con ella en el ámbito del Derecho de la Unión Europea especialmente pues no son frecuentes en la doctrina jurídica española. Ella es sin duda la razón que justifica que abordemos en esta sección el estudio del doctor Sánchez Frías.

Hemos de reconocer, sin embargo, que el meritorio esfuerzo desplegado por el autor depara unos resultados modestos toda vez que su empeño se ve perturbado por un enfoque y unos planteamientos que no brindan los resultados esperables. Vaya por delante que siendo la intención confesa del autor –como denota el título de la monografía– el estudio de los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión, no se alcanza como su examen apenas se extienda a poco más de 2 de los 4 capítulos del estudio, dedicándose el primero a un erudito *excursus* sobre la separación de poderes y la función judicial que poco aporta respecto al tema objeto de estudio y agotando buena parte del segundo en explorar unos supuestos paralelismos de la autonomía interpretativa en el ámbito del Derecho internacional público, los desarrollos convencionales de Derecho internacional privado y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los desarrollos propios de la jurisprudencia de la UE. De hecho, consideramos este esfuerzo infructuoso toda vez que el análisis desplegado por el autor no permite advertir unos rasgos comunes de los que participen tan heterogéneos desarrollos; máxime si se tiene presente que el examen discurre en todo momento ajeno a un marco temporal que acaso fuera necesario establecer a la hora de abordar tan dispares desarrollos jurisprudenciales.

De modo que el trabajo en sí mismo se concentra entre las últimas páginas del capítulo II –donde introduce el concepto de interpretación autónoma en el ámbito del Derecho de la UE– y los capítulos III y IV, en los que aborda sucesivamente el desarrollo jurisprudencial de la interpretación autónoma y los límites a esta empresa, estableciendo en su análisis de nuevo un seudoparalelismo entre la función del TEDH y la propia del Tribunal de Justicia, cuya utilidad real a los efectos del trabajo no alcanzamos a atisbar.

En el pensamiento del autor queda claro que la noción de concepto autónomo es el resultado de una interpretación desarrollada por el Tribunal de Justicia en sucesivas decisiones –*Unger* y, particularmente, *Ekro*– en las que se justifica el recurso a la noción, su desarrollo y sus límites. El desarrollo posterior del concepto, a través fundamentalmente de la interpretación teleológica, de constante empleo por el Tribunal a la hora de enfrentarse a aquél, le hace a un tiempo desvincularse de los conceptos homónimos del Derecho internacional general y del TEDH, siendo otros elementos interpretativos también desechados o limitados drásticamente en el obrar del Tribunal de Luxemburgo (léase, interpretación literal, histórica, contextual o comparatista). En cuanto a los límites que experimenta el recurso al concepto en la jurisprudencia de la UE el autor destaca aquellos casos en los que el Derecho de la UE remite expresamente al derecho de los Estados miembros y los supuestos en los que se plantea implícitamente una remisión a aquel en ausencia de elementos interpretativos propios, en casos de armonización parcial o en aquellos casos en que se impone el respeto de la autonomía procesal de los Estados miembros. La exposición desarrollada, sin embargo, reposa sobre argumentos

sólo parcialmente fundados en la jurisprudencia por lo que cabe dudar del alcance de algunas de las afirmaciones vertidas al respecto.

Finalmente, sobre la base de lo expuesto en sus reflexiones –que no conclusiones– el autor compendia los aspectos más notables de su contribución y aventura una estructura general acerca del desarrollo de los casos sobre conceptos autónomos susceptibles de plantearse ante el TJ, fruto del examen previamente realizado.

En otro orden de cosas, la obra incurre en el anacronismo de referirse en todo momento al TJUE –incluso cuando cita una sentencia del Tribunal de Justicia de la CECA de 21 de diciembre de 1954 que reproduce además en una versión inglesa– improbable para la época (aún cuando haya sido oficialmente traducida en 1973). Lo lógico hubiese sido emplear el acróstico abreviado TJ que hubiese hecho innecesarias más precisiones a lo largo del trabajo. Por otra parte, si es de agradecer al afán del autor por facilitar la traducción de las citas doctrinales que profusamente maneja, ha de lamentarse no obstante la falta de rigor de algunas de ellas.

**Javier A. González Vega**  
**Universidad de Oviedo**

**TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. y RUBIO FERNÁNDEZ, E.M. (Eds), *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al imperio del Derecho internacional en tiempos convulsos: aproximaciones críticas*, Aranzadi, Madrid, 2023, 284 pp.**

Se espera que la Corte Internacional de Justicia (CIJ o la Corte) ocupe un lugar cada vez más prominente en la escena mundial. Lo que pronuncie en relación con una demanda o una solicitud de medidas provisionales o de opinión consultiva ya no interesa solamente a los expertos especializados en el área del derecho internacional público. En estos momentos, sus pronunciamientos están recibiendo cobertura en los medios de comunicación con más frecuencia que nunca. Esta evolución se debe al hecho de que los asuntos llevados a la Corte no tienen fundamentalmente su origen en intereses particulares de las partes en el litigio sino en intereses comunes de la sociedad internacional, como la necesidad de poner fin a conflictos armados caracterizados por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario, así como por el rápido deterioro del medioambiente como consecuencia del cambio climático.

Siendo el órgano judicial principal de la ONU, la Corte no puede ni debe intentar sustituir las funciones de otros órganos principales o de las agencias especializadas de la ONU que tienen mandatos que los hacen más aptos para aliviar o prevenir el sufrimiento humano generalizado causado por la guerra, la agresión y el cambio climático. Aun así, cuando los demás órganos o agencias fallan en sus funciones la Corte se convierte en una última instancia. No obstante, el mandato de la Corte es muy limitado. En particular, solo puede examinar el fondo de una demanda presentada por un Estado si el demandado ha dado su consentimiento previamente o con posterioridad al surgimiento de la controversia. En términos más generales, su papel es limitado por ser *un órgano judicial* y, como tal, ha de desempeñar funciones judiciales, que en el caso de la CIJ, consisten en resolver “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses” (casos contenciosos) o “emitir opiniones consultativas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma” (art. 65.1 de su Estatuto).

El papel cambiante de la Corte en un sistema de relaciones internacionales cada vez más inestable, fragmentado e impredecible requiere el avance de investigaciones jurídicas que no sean estrictamente positivistas pero que analicen la jurisprudencia emergente de la Corte en su contexto histórico y geopolítico para luego reflexionar sobre el devenir de su papel en relación con los nuevos temas planteados. En este sentido el sugerente volumen editado por Soledad Torrecuadrada-Lozano y Eva Rubio Fernández es una excelente colección de análisis que fomentan tales reflexiones y perspectivas críticas. El volumen está compuesto de ocho capítulos. Algunas contribuciones ofrecen aproximaciones críticas sobre recientes casos ante de la CIJ que conciernen cuestiones sobre su papel a la hora de determinar la responsabilidad internacional por violaciones graves de los derechos humanos y de los derechos consulares, así como de la normativa que regula el uso de la fuerza y conductas que causan el deterioro del medio ambiente (capítulos 1, 3, 5 y 7). Otras contribuciones prestan atención a temas más bien institucionales que atañen a su competencia para adoptar medidas provisionales (capítulo 2), el acceso limitado a la corte (*actio popularis*) (capítulo 4) y su composición sesgada desde una perspectiva de género (capítulo 8). También ofrece una reflexión crítica sobre el contexto

geopolítico en el que opera la Corte, con el foco puesto en su relación con Estados Unidos (capítulo 6).

En el primer capítulo, Torrecuadrada-Lozano reflexiona sobre la jurisprudencia reciente en materia de derechos humanos situándola en un contexto histórico más amplio, extendiéndose a un periodo que a menudo se pasa por alto, a saber, la época de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Este enfoque permite una reflexión sobre la riqueza de esta jurisprudencia, sobre todo porque, como se señala, la CPJI podía interpretar el derecho aplicable de manera más flexible comparada con su sucesora que ha de aplicar reglas de interpretación más rígidas. Otra reflexión interesante es el grado en que la jurisprudencia contemporánea de la CIJ manifiesta tanto avances como retrocesos, fenómeno que, según la autora, depende de la composición del tribunal. Esta observación pone en tela de juicio la suposición a menudo difundida según la cual la historia del derecho internacional de los derechos humanos se describe mejor como un relato caracterizado por el “desarrollo progresivo” y no en términos de fluctuaciones. Igualmente, destacable es como la Corte, en tiempos más recientes, ha llegado a considerar cada vez más la jurisprudencia de los derechos humanos de otros tribunales y procedimientos internacionales y sus implicaciones.

El capítulo 2 se centra en las dos recientes demandas ucranianas contra Rusia. Iglesias Velasco avanza un relato sobre estas demandas tomando en cuenta su contexto geopolítico e histórico para luego analizar el razonamiento de la Corte frente a las solicitudes de medidas provisionales que acompañaron a ambas. Como se pone de relieve, si bien apoyó el argumento sobre la necesidad de adoptar tales medidas, la Corte diluyó, al menos hasta cierto punto, las exigencias de estas. Como el análisis señala, tales solicitudes, pueden ser polémicas, a pesar de no indicar cómo el tribunal luego juzgará el fondo de las demandas interpuestas. Además, es notable que el proceso judicial de la Corte no se adapta a la aparente urgencia de algunos casos, tal y como el tiempo transcurrido entre la primera demanda, formulada en 2017, y la sentencia claramente demuestra. Como señala el autor, el tribunal es muy consciente de ello teniendo en cuenta que la ocupación militar rusa y la guerra en Ucrania siguen en curso.

Continuando con el tema relativo al rol de la CIJ en situaciones de conflictos armados en curso, el capítulo 3 ofrece una elocuente reflexión sobre el uso de la Corte por parte de Estados que han sido víctimas de un ataque armado o un uso de la fuerza contraria al derecho internacional, ello con la finalidad de exigir al Estado responsable el cumplimiento de todas las consecuencias que su conducta conlleva. La contribución de García Casas es un análisis contundente de la compleja y polémica jurisprudencia sobre el tema que se extiende al derecho a la legítima defensa, y que abarca tanto los casos más bien clásicos, como el de Nicaragua y el del Congo, como otros más recientes, incluyendo los de Ucrania. Avanza un argumento sumamente persuasivo sobre cómo los Estados hacen un uso estratégico y abusan de la Corte con fines políticos que corren el riesgo de dañar su función judicial en contextos de conflicto armado.

El capítulo 4 dirige nuestra atención a una cuestión relativa a la accesibilidad tan limitada de la CIJ desde el punto de vista de aquellos Estados que quieren acudir a ella para que ejerza su jurisdicción en situaciones caracterizadas por violaciones graves del derecho internacional con independencia de donde ocurran. En este sentido Gil Gandía avanza una crítica reflexiva



sobre la accesibilidad de la Corte, centrada en la *actio popularis*, institución con sus orígenes en el derecho romano, para luego reflexionar sobre el grado en el que ha sido reconocida en el derecho internacional. Después de ello, se centra primero en las normas que regulan la invocación de la responsabilidad internacional y, sobre todo, en la posibilidad que tienen los Estados no víctimas para exigir la responsabilidad de otros Estados por ciertas violaciones particularmente graves. A continuación, considera la accesibilidad tan limitada de la CIJ en estos casos, lamentando las restricciones impuestas al *locus standi* al basar dicha legitimación en que nos encontramos ante la vulneración de normas *erga omnes inter partes*. Como señala el autor, el reconocimiento de la *actio popularis* como vía de acudir al tribunal requeriría un cambio de su inclinación sistemática a fundamentar su determinación del derecho aplicable en el positivismo.

El punto de partida del capítulo 5 es un caso reciente de 2019 que tiene su origen en un drama que involucra a un nacional indio que había sido condenado a muerte por terrorismo y espionaje por tribunales paquistaníes sin haber sido informado sobre su derecho a la protección consular y sin que el Estado del que es nacional hubiera sido informado para que éste pudiera protegerle. Como Hellman demuestra tan diligentemente en su análisis, al resolver esa controversia entre India y Pakistán, la Corte fundamentó su razonamiento en los casos de La Grand y Avena, condenando a Pakistán por haber violado el artículo 36(1) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Es notable que el tribunal se mantuvo fiel a su interpretación ya asentada sobre la protección consular, afirmando que el Pakistán no había cumplido sus obligaciones. Reflexionando sobre la sentencia en cuestión, la autora destaca que la Corte no cambió su postura sobre la naturaleza de los derechos consulares en el sentido de no conectarlos con los derechos humanos en juego en esta clase de casos como el derecho a la vida (art. 6) y el derecho a un juicio justo (art. 14) reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Como concluye la autora, la Corte parece demasiado evasiva sobre esta cuestión.

La posición hegemónica de Estados Unidos en el sistema de relaciones internacionales hace su relación con la CIJ especialmente intrigante. Como el autor del capítulo 6 nos recuerda, contrariamente a lo que podría esperarse de un Estado hegemónico, EEUU ha estado involucrado en un número tan elevado de casos sometidos a la jurisdicción de la Corte, que se ha convertido en el Estado que más veces ha comparecido ante ella. El análisis realizado por Franco Valdez ofrece una narración detallada y reflexiva sobre la dinámica de esta relación a lo largo del tiempo, comenzando con la posición estadounidense hacia la justicia internacional en la época de las Conferencias de La Haya y terminando con casos recientes como el que fue presentado por Irán en 2016 (sentencia en marzo de 2023). El análisis pone de relieve que su relación puede ser entendida desde la óptica de un péndulo en el sentido de oscilar entre dos extremos, de un lado, una relación comprometida con la Corte y, de otro lado, una relación desvinculada (p. 177). De allí, el capítulo aporta una perspectiva histórica que destaca la temporalidad de la política estadounidense actual que se caracteriza por retiros y denuncias de tratados que habilitan a la CIJ para ejercer su jurisdicción en controversias que involucran a sus contratantes como, por ejemplo, la ya anteriormente mencionada Convención sobre Relaciones Consulares y también el Tratado de Amistad con Irán.

El capítulo 7 estudia el posible impacto del ejercicio de su función consultiva para contrarrestar la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta ahora para hacer frente al cambio climático.

La pregunta cobra importancia dada la reciente solicitud dirigida a la Corte para que emita una opinión consultiva sobre el cambio climático, presentada el pasado abril de 2023. Será la segunda vez que el tribunal ejerza su función consultiva en materia ambiental, la primera fue la opinión sobre la legalidad del uso de armas nucleares en conflictos armados (1996). La contribución plasmada en este capítulo empieza con un vívido relato del proceso que condujo al momento inmediatamente anterior a la presentación de la segunda solicitud al tribunal, en la que destaca los actores involucrados en este proceso para luego reflexionar sobre las oportunidades y los riesgos que implica esta solicitud. Como señala la autora, si bien es cierto que hay muchas ventajas potenciales, existe un riesgo real de que el futuro dictamen no cumpla las expectativas de los diversos actores que estuvieron involucrados en el proceso para convencer a la Asamblea General de la ONU sobre la necesidad de proceder a su solicitud, pudiendo incluso aparecer regresivo.

Finalmente, el capítulo 8 se centra en la persistente falta de equilibrio de género en la composición del tribunal. Es bien sabido que la Corte ha estado compuesta por hombres durante la mayor parte de su existencia. La situación cambió con Rosalyn Higgins y desde entonces han sido elegidas algunas juezas más. No obstante, como señala Rubio Fernández, una cierta mejoría en las últimas décadas se debe a una serie de circunstancias y no por una creciente necesidad de lograr un equilibrio de género para así cumplir los tratados de derechos humanos que lo estipulan. En este contexto la autora reflexiona acerca de lo que se espera que suceda con más juezas en la magistratura. La pregunta es de por sí difícil de responder si se tiene en cuenta que es posible que las juezas no juzguen de manera diferente a los jueces considerando que, antes de ser elegidas, puedan haber sido previamente asimiladas a una cultura masculina. Además, como explica la autora, es difícil verificar si las juezas juzgan de modo diferente que los jueces tomando en cuenta que los entornos en los que ellas pueden marcar la diferencia, como en las fases de deliberación y de redacción de una sentencia judicial, son entornos cerrados. Es más, han sido pocas las ocasiones en las que las juezas han podido adoptar una posición feminista sobre la resolución de las controversias ante la Corte, aunque los nuevos tipos de casos que están llegando sobre violaciones de los derechos humanos y el cambio climático, hacen que el logro de una amplia representación de juezas y una perspectiva feminista, sean aún más urgentes.

**Jessica Almqvist**  
**Lund University**

**URBANEJA CILLÁN, J., *La crisis del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 342 pp.**

El Estado de Derecho tiene que hacer frente en la actualidad a importantes dificultades. Si no somos capaces de superar estas dificultades y desafíos del Estado de Derecho, se puede poner en peligro no sólo dicho valor fundamental sino también un modelo de Estado que ha sido una conquista en la historia de las instituciones políticas. El Estado de Derecho, junto con otros valores fundamentales (pluralismo, no discriminación, tolerancia, justicia, igualdad entre hombres y mujeres), forma parte de la esencia no sólo de un Estado democrático sino también de una sociedad democrática. El caso de la Unión Europea es un buen ejemplo. Como bien ha argumentado A. von Bogdandy (*The Emergence of European Society through Public Law. A Hegelian and Anti-Schmittian Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2024), ese conjunto de valores enunciados en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea regulados y protegidos por el derecho de Unión Europea ha contribuido a la creación de una *sociedad europea*, aunque, por el momento, no haya sido posible la aparición de un Estado o un pueblo europeo. Por ello, la monografía del profesor Jorge Urbaneja es tan relevante como oportuna.

La estructura de la obra tiene seis capítulos que abordan las dificultades y desafíos que tiene el Estado de Derecho en el plano internacional (Capítulo I); en el seno del Consejo de Europa (Capítulo II); y, con mayor extensión, en los Estados miembros de la UE (Capítulo III). En este ámbito, el autor examina la insuficiencia de los mecanismos de carácter político de la UE (Capítulo IV); la respuesta del Tribunal de Justicia a tales desafíos, en especial, en los que ha sido y es garante de la independencia judicial en los Estados miembros (Capítulo V); y, ante tales limitaciones, analiza también el régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto como un mecanismo para defender el Estado de Derecho en los Estados a través de la condicionalidad presupuestaria (Capítulo VI). Se trata de una obra rigurosa con excelente manejo de fuentes primarias y secundarias y un análisis en profundidad de las cuestiones que se plantean. Aunque el objeto de estudio de la obra es, como anuncia su título, la crisis del Estado de Derecho *en* los Estados miembros de la UE, es una obra tanto de análisis jurídico como de defensa de un valor fundamental *en* la UE y *en* los Estados miembros. Este *esprit de combat* resulta absolutamente necesario en estos momentos y circunstancias.

Una de las aportaciones de la obra es su posición respecto al grado de formalización jurídica de la moción de Estado de Derecho. Jorge Urbaneja defiende que no existe aún una norma consuetudinaria porque “el Estado de Derecho a nivel interno no se ha consolidado como una obligación de Derecho internacional general exigible a los Estados” (p. 331). Asimismo, sostiene que dicha obligación existiría para los Estados miembros del Consejo de Europa y de la UE puesto que deriva del art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa y del art. 2 del TUE respectivamente (p. 332). El Estado de Derecho, junto con el respeto de los derechos humanos y la democracia, son valores esenciales de la identidad europea.

Asimismo, es una aportación relevante el análisis y la identificación de los elementos integrantes del Estado en el marco del Consejo de Europa que, aunque no tiene ningún mecanismo *ad hoc* para su defensa, han contribuido a su defensa tanto la denominada Comisión de Venecia como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Comisión de Venecia, según J. Urbaneja,

ofrece un *concepto funcionalista o pragmático* del Estado de Derecho que es el resultado de la acumulación de una serie de elementos sobre los que existe consenso en el Consejo de Europa: legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, acceso a la justicia mediante tribunales independientes e imparciales, respeto de los derechos humanos, no discriminación arbitraria e igualdad ante la ley (pp. 64-69).

Por su parte, el TEDH desempeña un papel fundamental en la definición y aplicación del Estado de Derecho en los Estados miembros del Consejo de Europa. Especial interés tiene por su actualidad la jurisprudencia del Tribunal en materia de independencia judicial. Se trata de un elemento fundamental del Estado de Derecho que se enmarca en procesos más amplios de los que el propio tribunal ha denominado ‘retroceso sistemático’ o ‘graves deficiencias estructurales’ del Estado de Derecho (asunto *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, pár. 158) que se han constatado en Estados como Rusia (ahora expulsada de la organización como consecuencia de su agresión a Ucrania), Turquía, Hungría, Polonia y Ucrania. En los numerosos casos que han tenido como problema fundamental la independencia judicial, el TEDH la ha concebido como un derecho fundamental de los justiciables y ha identificado unos requisitos mínimos que afectan al nombramiento de los jueces, a su inamovilidad en el cargo, a las posibles prórrogas y a ciertas exigencias que ofrezcan una apariencia de independencia debido a la ausencia de dudas objetivas y razonables (pp. 81-97).

Por último, la parte central de la obra tiene por objeto el examen en profundidad del desafío al Estado de Derecho por parte de algunos de los Estados miembros de la UE. El autor resalta que el Estado de derecho se ha convertido en uno de los valores fundamentales, ‘constitucionales’, de la UE que ha sido positivizado en el art. 2 del TUE. Por tanto, es exigible tanto dentro del aparato institucional de la UE como a los Estados miembros. Y en este punto se localizan los problemas, las dificultades y el desafío al Estado de Derecho o, como el propio J. Urbajena defiende, la *crisis* del Estado de Derecho en los Estados miembros de la UE. Ésta cuenta con tres vías para dicha defensa cuya activación en la práctica ha mostrado una desigual eficacia: los procedimientos políticos, el Tribunal de Justicia y el mecanismo sobre condicionalidad presupuestaria.

En primer lugar, la UE dispone de varios procedimientos preventivos y sancionadores de carácter político, unos previstos en el derecho originario y el otro creado más tarde por el derecho derivado. El art. 7.1/ del TUE prevé un *procedimiento preventivo* con el fin de constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave de los valores de la UE enumerados en el art. 2 por parte de uno de los miembros. El art. 7.2/ y 4/, por su parte, prevé un *procedimiento sancionador* que, si se constata la violación grave y persistente de los valores mencionados, permitiría la suspensión de determinados derechos de un Estado miembro. El autor examina en profundidad los casos de *amenazas sistémicas* al Estado de Derecho en Hungría y Polonia (pp. 141-160). La conclusión de J. Urbaneja es que la activación de tales procedimientos de carácter político en estos casos se ha demostrado completamente ineficiente porque ambos son procedimientos complejos en sus trámites que requieren amplias mayorías o unanimidad (pp. 336-337). Por ello, a través de una Comunicación de la Comisión, se aprobó en 2014 un *nuevo marco de la Unión Europea para reforzar el Estado de Derecho* que diseña un *procedimiento pre-preventivo* de carácter político que se articula en tres fases: la evaluación de la Comisión Europea, la recomendación de medidas al Estado miembro sobre el Estado de Derecho y el

seguimiento del cumplimiento de la recomendación. El autor señala que la UE ha “buscado una suerte de *pragmatismo invertido*” en virtud del cual se han añadido mecanismos más propios del *soft law* que “han debilitado severamente los procedimientos del art. 7 TUE” (pp. 166-168). Este procedimiento pre-preventivo ha mostrado sus severas limitaciones en el caso de su activación respecto de Polonia. Se adoptaron cuatro recomendaciones que fueron completamente desatendidas por dicho Estado.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia opera como garante del Estado de Derecho en los Estados miembros por medio de los recursos de incumplimiento y de cuestiones prejudiciales. Especial interés tiene la jurisprudencia del Tribunal en defensa de la independencia judicial en los Estados miembros (pp. 236-254). El Tribunal, en el asunto *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, tras resolver las limitaciones derivadas del principio de atribución de competencias, defendió que la independencia judicial del art. 19 TUE es también exigible a los Estados miembros. En diversas decisiones judiciales, el Tribunal de Justicia ha ido concretando las exigencias que se derivan del principio de independencia judicial relativas a los jueces (pp. 339-340).

Y, por último, el autor de la obra examina el *mecanismo sobre condicionalidad* presupuestaria aprobado por medio del Reglamento 2020/2092 (pp. 273-322). Se trata de una vía que “permite vincular la ejecución del presupuesto de la UE al cumplimiento del Estado de Derecho por los Estados miembros” cuando se dan dos requisitos cumulativamente: “la valoración de los principios del Estado de Derecho y que tal vulneración afecte o amenace con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la UE o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo”. Este procedimiento se ha activado ya respecto a Hungría y es valorado de forma positiva por el autor (pp. 340-341).

En suma, la obra de Jorge Urbaneja, como ha quedado dicho, es relevante y necesaria en estas circunstancias porque proporciona excelente argumentación jurídica para defender el Estado de Derecho *en* los Estados miembros de la UE y, aún más, para defender un determinado modelo de Estado europeo.

**Ángel J. Rodrigo**  
**Univesitat Pompeu Fabra**

